

ZUR RECHTSSTELLUNG DES BESCHULDIGTEN UND SEINES VERTEIDIGERS
IM VORVERFAHREN UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER
AUFGABEN DES GESAMTEN STRAFVERFAHRENS

VON

RICHARD MÖRSCH

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ZUR RECHTSSTELLUNG DES BESCHULDIGTEN UND SEINES VERTEIDIGERS
IM VORVERFAHREN UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER
AUFGABEN DES GESAMTEN STRAFVERFAHRENS

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der
Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

RICHARD MÖRSCH

Gerichtsassessor

aus Landau

1968

1. Berichterstatter: Professor Dr. Dietrich Lang-Hinrichsen

2. Berichterstatter: Professor Dr. Peter Noll

Tag der mündl. Prüfung: 19. Dezember 1967



Gesamtherstellung:

Ditters Bürodienst Mainz

Dem Gedächtnis
an meinen verehrten Lehrer
Professor Dr. Werner NIESE,
von dem ich die erste Anregung zu
dieser Arbeit erhalten habe,
in Dankbarkeit

INHALTSÜBERSICHT

Seite

I. Einleitung	1
1. Zum Thema	1
2. Zur Methode	1

Allgemeiner Teil

II. Aufgabe und Zweck des Strafverfahrens	3
1. Aufgabe des Strafverfahrens; Spannungsfeld	3
2. Formeller und materieller Strafanspruch	4
3. Die Ermittlung der objektiven Wahrheit	9
4. Die praesumptio boni viri	9
5. Interessen und Zwecke des Verfahrens	10
a) Der Strafzweck	10
b) Der Freiheitszweck	10
c) Das Beeinträchtigungsinteresse	11
d) Das Strafvereitelungsinteresse	13
e) Der Ermittlungszweck	14
f) Das Entstellungsinteresse	18
6. Die Ausschließlichkeit der Zwecke	19
7. Umfang und Bedeutung der Verfahrenszwecke	20
a) Der Strafzweck als Primärzweck	20
b) Der Freiheitszweck als Sekundärzweck	20
c) Der Ermittlungszweck als unselbständiger Teil des Primärzweckes	22
8. Zusammenfassung	22
III. Das Wesen der Verfahrenszwecke und ihr Verhältnis zueinander	23
1. Die Rangfrage der Verfahrenszwecke	23
2. Die Unterordnung des Ermittlungszweckes unter den Strafzweck	23
3. Die Ranggleichheit der selbständigen Verfahrenszwecke ..	24
4. Das Alternativverhältnis der beiden Zwecke	25
5. Das Korrespondenzverhältnis beider Zwecke	26
6. Die Abhängigkeit des Freiheitszweckes vom Strafzweck ..	27

7. Die Verschiedenheit des Ergebnisses	27
8. Die verschiedene Tendenz der Verfahrenszwecke	29
9. Das Verhältnis zu den nicht anerkannten Interessen	30
10. Zusammenfassung	32
IV. Die Funktionen des Strafverfahrens	33
A. Die Funktionenmehrheit als Folge der Zweckmehrheit	33
1. Die Primärfunktion	33
2. Die Sekundärfunktion	33
3. Die Selbständigkeit der Sekundärfunktion	34
4. Die Zweckgebundenheit der Funktionen und ihr Verhältnis zueinander	36
5. Ergebnis	37
B. Die Funktionenverteilung auf verschiedene Träger	37
1. Die Funktionenkombinationen	38
2. Die Funktionenverteilung aus Zweckmäßigkeitsgründen ..	38
3. Die notwendigen Beteiligten des Strafverfahrens	38
4. Der Staat als Träger des Strafanspruches	39
5. Der Beschuldigte als Gegner des Strafanspruches	39
6. Das Strafverfahren als Parteiprozeß	40
7. Der Grundsatz der sog. Waffengleichheit	43
C. Zusammenfassung	47

Besonderer Teil

V. Die Verwirklichung der Verfahrenszwecke im Vorverfahren	48
1. Die Aufgabe des Vorverfahrens	48
2. Die Verfahrensinitiative	48
3. Die Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung	49
4. Die Aufgabe des Vorverfahrens als Verwirklichung des Strafzweckes	50
5. Die sog. Vorbereitung der Verteidigung	52
6. Der Freiheitszweck im Vorverfahren	55
7. Zusammenfassung	56

VI. Die Funktionen des Beschuldigten und des Verteidigers im Vorverfahren	57
A. Die Funktionen des Beschuldigten	57
1. Die Sühnefunktion	58
2. Die Antwortfunktion	60
3. Die Verteidigungsfunktion	61
B. Die Funktionen des Verteidigers	64
1. Keine Mitwirkungsfunktion	65
2. Keine Verdunkelungsfunktion	66
3. Die Beratungsfunktion	67
4. Die selbständige Kenntnisfunktion des Verteidigers	68
5. Die unselbständige Kenntnisfunktion	70
6. Die Kontrollfunktion	72
7. Die Äußerungsfunktion	72
8. Die Abwehrfunktion	73
9. Die Korrekturfunktion	73
10. Die sog. kontradiktorischen Ermittlungen	75
C. Zusammenfassung	77
VII. Die einzelnen Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers im Vorverfahren	78
1. Das Recht des Beschuldigten auf Kenntnis des Verfahrensbeginns	78
2. Das Recht auf Kenntnis der Ermittlungen	80
a) Akteneinsicht des Beschuldigten	80
b) Akteneinsicht des Verteidigers	82
c) Das Recht auf Mitteilung der Kenntnis an den Beschuldigten	85
3. Das Recht auf Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten	88
4. Die Vernehmung des Beschuldigten	92
a) Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten; Recht zur Lüge	95
b) Die Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten	98

5.	Die Anwesenheit bei Ermittlungen	100
a)	Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers	101
b)	Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten	102
6.	Das Recht auf eigene Ermittlungen	104
7.	Das Beweisantragsrecht	107
8.	Das Schlußgehör	108
9.	Zusammenfassung	115
VIII.	Gesamtergebnis	116
1.	Die Rechtsstellung des Beschuldigten	116
2.	Die Rechtsstellung des Verteidigers	118

Abkürzungen zum Schrifttumsverzeichnis:

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AnwBl	Anwaltsblatt
BeilzBANz	Beilage zum Bundesanzeiger
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Strafrecht
DStZ, DStrZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung
GerS	Der Gerichtssaal
GoldtArch	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goldammer
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SchlHANz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchweizJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

ACKERMANN, Heinrich: Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten,
NJW 1954, 1385

ALEXANDER, Rudolf: Die Stellung des Verteidigers, ZStW 51, 54

ALSBERG, Max: Die Philosophie der Verteidigung, Mannheim, Berlin,
Leipzig 1930

ASCHROTT, Paul Felix: Reform des Strafprozesses, Berlin 1906

ders.: Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsver-
fassungsgesetze, Beiträge zur Reform des Strafprozesses, Band 1,
Heft 5, Berlin 1908

BAUMANN, Jürgen: Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten
Aussage, GoldtArch 1959, 33

- BAUR, Fritz: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 393 ff.
- BELING, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928
- BENDIX, Ludwig: Der alte Geist in den neuen Regierungsentwürfen zum GVG und zum Rechtsgange in Strafsachen, JW 1920, 267
- BENNECKE-BELING: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechtes, Breslau 1900
- BINDING, Karl: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Band II, München und Leipzig 1915
- ders.: Die Wahrheitspflicht im Prozesse, DJZ 1909, 161
- VON BOMHARD: Reform des Strafprozesses, X. Verteidigung, Recht 1905, 668
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 (1964)
- CREIFELDS, Carl: Die Beschlagnahme von Handakten des Verteidigers, GoldArch 1960, 65
- DAHM, Georg: Der Staatsanwalt im neuen Strafverfahren, DStR 1935, 257
- ders.: Die Grenzen des Parteiprozesses, ZStW 52, 587
- DAHS, Hans: Der Anwalt im Strafprozeß, AnwBl 1959, 171
- ders.: Stellung und Grundaufgaben des Strafverteidigers, NJW 1959, 1158
- ders.: Die kleine Strafprozeßreform, NJW 1965, 81
- DALCKE, Albert: Über die gegenwärtige Stellung der Staatsanwaltschaft im Preußischen Strafverfahren und ihre Reform, GoldArch 9, 155
- DOCHOW, Adolf: Zur Reform des Strafprozesses, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege, hrsg. v. VON HOLTZEN-DORFF, III. Jahrgang 1874
- ZU DOHNA, Graf Alexander: Das Strafprozeßrecht, Berlin 1929
- DÜRR: Zur Reform des Strafprozesses, DJZ 1928, 1434
- EBERMAYER, Ludwig: Verteidigung und Begünstigung, DJZ 1927, 134
- Entwurf 1908: Entwurf einer Strafprozeßordnung mit Begründung (Amtliche Ausgabe), Berlin 1908

- Entwurf StPÄG: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2037, Bonn 1960
- FINGER, Richard: Die Kunst des Rechtsanwalts, Berlin 1908
- FRIEDMANN, Fritz: Die Kunst der Verteidigung und der forensischen Rede, Berlin 1927
- GALLAS, Wilhelm: Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, ZStW 53, 256
- ders.: Zur Struktur des kommenden Strafverfahrens, ZStW 58, 624
- GERLAND, Heinrich: Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
- GLASER, Julius: Handbuch des Strafprozesses, 2. Band, Leipzig 1885
- VON GLEISPACH, Wenzel Graf: Deutsches Strafverfahrensrecht, Berlin 1943
- GNEIST, Rudolf: Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1874
- GOLDSCHMIDT, James: Zur Reform des Strafverfahrens, Tübingen 1919
- ders.: Die Neuordnung der Strafgerichte und des Strafverfahrens, JW 1920, 230
- ders.: Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein?, DJZ 1928, 1137
- ders.: Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- VON DER GOLTZ, Graf: Die Stellung des Verteidigers im künftigen Strafprozeß, DSr 1935, 267
- GRIMM, Friedrich: Kontradiktorische Voruntersuchung, DJZ 1931, 405
- GROSS, Hans: Die Aufgaben des Vertheidigers, in: Gesammelte Kriminalistische Aufsätze, Band I, 395, Leipzig 1902
- GÜDE, Max: Staatsanwalt und Verteidiger, DRiZ 1959, 130
- ders.: Der Verteidiger aus der Sicht der Anklage, AnwBl 1961, 3
- HAFERLAND, Fritz: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers, Diss., Leipzig 1928

- HAMM, Otto: Die Rechte des Verteidigers im Vorverfahren nach dem Entwurf der StPO, DJZ 1910, 441
- HARTUNG, Fritz: Einführung anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland?, in: Festschrift für Ernst Heinrich ROSENFELD, 231, Berlin 1949
- HAUG, Otto: Die grundsätzliche Stellung des Verteidigers, Diss., Tübingen 1939
- HEGLER, August: Zur Strafprozeßerneuerung, Stuttgart 1936
- HEINEMANN, Hugo: Die Stellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: ASCHROTT, Reform des Strafprozesses, 334, Berlin 1906
- HEINITZ, Ernst: Gedanken zur Strafprozeßreform, JR 1961, 241
- HENKEL, Heinrich: Das deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943
- ders.: Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953
- ders.: Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens, DJZ 1935, 530
- ders.: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates (Diskussionsbericht), ZStW 54, 35
- VON HIPPEL, Robert: Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
- ders.: Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, ZStW 41, 2
- VON HOLTZENDORFF, Franz: Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechtes, Band I, Berlin 1879
- HORBER, Ernst: Die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafprozeß, Würzburger Abhandlungen, Heft 29, Stuttgart und Leipzig 1933
- JOHN, Richard: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, Erlangen 1884
- KAHL, Wilhelm: Diskussionsbeitrag über den Entwurf der Strafprozeßordnung, JW 1920, 260
- KAISER, Eberhard: in: Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform, München, Frankfurt, Berlin 1965, S.19-26
- KERN, Eduard: Strafverfahrensrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1960

KLEE: Verteidigungsmißbrauch, DJZ 1932, 1468

KLEFISCH, Theodor: Die Stellung des Strafverteidigers im Licht der heutigen Rechtsanschauung, JW 1935, 3350

KLEINKNECHT, Theodor: Zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, Beil.z.BAnz. Nr.139, 1960

ders.: Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), JZ 1965, 113 und 153

KLEINKNECHT-MÜLLER: Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Auflage, Darmstadt 1958

KLEINKNECHT-MÜLLER-REITBERGER: Kommentar zur Strafprozeßordnung, herausgegeben von Hermann MÜLLER und Walter SAX, 6. Auflage, Darmstadt 1966

KÖHLER, August: Die Lehre von der Verteidigung nach der Reichsstrafprozeßordnung, GerS 53, 161 und 321

KRACH, Fritz: Diskussionsbeitrag auf dem 30. Deutschen Anwaltstag, AnwBl 1959, 215

VON KRIES, August: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechtes, Freiburg 1892

VON LILIENTHAL, Karl: Verteidigung und Begünstigung, DJZ 1901, 101

ders.: Die Wahrheitspflicht des Verteidigers im Strafprozeß, DJZ 1914, 28

VON LISZT, Franz: Die Reform des Strafverfahrens, Berlin 1906

ders.: Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen, DJZ 1901, 179

LOBE/ALSBERG: Ist ein Verteidiger berechtigt, nach Eröffnung des Hauptverfahrens dem Angeklagten einen Aktenauszug oder auch eine vollständige Aktenabschrift mitzuteilen und ihm während der Hauptverhandlung zu seiner Verteidigung zu belassen?, JW 1926, 2725

LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 18. Aufl., Berlin und Leipzig 1929

ders.: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl., Berlin 1958

LÖWENSTEIN, Siegfried: Verteidigernot, DJZ 1932, 1409

LÜTTGER, Hans: Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht, NJW 1951, 744

LUKANOW, Jürgen: Der Mißbrauch der Verteidigerstellung im englischen und deutschen Strafprozeß, Bonn 1953

MAYER, Hellmuth: Zum Aufbau des Strafprozesses, GerS 104, 302

ders.: Inwieweit ist Beweismaterial in der Hand des Verteidigers beschlagnahmefrei?, SchlHAnz 1955, 348

MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günther: Grundgesetz, München und Berlin 1966

MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1964

MEHLICH: Verteidigung und Begünstigung, Heft 39 der Rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Berlin 1910

MITTERMAIER, Wolfgang: Reform oder Abschaffung der Voruntersuchung im Strafprozeß, Sonderdruck aus dem Gutachtenband des Sechsten Deutschen Juristentages 1933

Motive: Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1873

NAGLER, Johannes: Die Protokolle der Strafprozeßkommission, GerS 73, 97

NIESE, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950

NOLL, Peter: Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962

PETERS, Karl: Strafprozeß, Karlsruhe 1952

PFENNINGER, Heinrich: Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren, in: Festgabe für Emil ZÜRCHER, 163, Bern 1920

ders.: Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten im schweizerischen Strafverfahren, SchweizJZ 1957, 129

RÖHL, Hellmut: Das rechtliche Gehör, NJW 1958, 1268

ROSENBERG, Werner: Stellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: ASCHROTT, Reform des Strafprozesses, 305, Berlin 1906

- ROSENFELD, Ernst Heinrich: Deutsches Strafprozeßrecht, Band I, Berlin und Leipzig 1926
- SAUER, Wilhelm: Allgemeine Prozeßlehre, Berlin, Detmold, Köln, München 1951
- SAX, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege, in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Band III, 2. Halbband, Berlin 1959, 909
- SCHLIEPER: Geheime oder kontradiktorische Voruntersuchung?, DRiZ 1931, 328
- SCHLOSKY: Untersuchungsrichter und Staatsanwalt im künftigen Strafprozeß, DRiZ 1929, 293
- SCHMIDT, Eberhard: Justitia fundamentum regnorum, Heidelberg 1947
- ders.: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band I, 2. Auflage, Göttingen 1964; Band II, Göttingen 1957
- ders.: Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Göttingen 1965
- ders.: Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, MDR 1951, 1
- ders.: Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, DRiZ 1959, 16
- SCHMIDT: Wie sind bei einer Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung die Rechte des Beschuldigten und der Verteidigung zu gestalten?, DJZ 1929, 1084
- SCHMIDT-LEICHNER, Erich: Die "kleine" Strafprozeßreform, AnwBl 1961, 26
- SCHORN: Diskussionsbeitrag auf dem 30. Deutschen Anwaltstag, AnwBl 1959, 206
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, München und Berlin 1963
- SCHULTZ: Der Streit um die gerichtliche Voruntersuchung, JR 1929, 17
- SCHWARZ, Otto: Strafprozeßordnung, 22. Auflage, München und Berlin 1960

- SCHWARZ, Otto - KLEINKNECHT, Theodor: Strafprozeßordnung, 25. Auflage, München und Berlin 1965; 26. Auflage, München und Berlin 1966
- SEIBERT, Claus: Konfliktslagen für Anwalt und Verteidiger, JR 1951, 678
- SIEGERT, Karl: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStW 54, 14
- SPENDEL, Günther: Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, 465
- VON STACKELBERG, Curt Freiherr: Der Anwalt im Strafprozeß, AnwBl 1959, 190
- STOCK, Ulrich: Strafprozeßrecht, Tübingen 1952
- ders.: Das Ziel des Strafverfahrens, in: Festschrift für Edmund MEZGER, München und Berlin 1954, 429
- TÖWE: Die Verteidigung im Vorverfahren und beim Übergang zum Hauptverfahren im neuen Strafprozeß, GerS 107, 77
- ULLMANN, Emanuel: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893
- VARGHA, Julius: Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1879
- WACH, Adolf: Struktur des Strafprozesses, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl BINDING zum 7. August 1913, München und Leipzig 1914
- ders.: Die Reform der Strafjustiz, DStZ 1920, 71
- WOLF, Erik: Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren, ZAkDR 1937, 177
- ZUCKER, Alois: Einige Bemerkungen über die Reformbedürftigkeit der heutigen Voruntersuchung mit besonderer Berücksichtigung des geltenden österreichischen Strafprozeßrechts, GerS 47, 436

I. EINLEITUNG

1. Zum Thema

Mit der vorliegenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, einen Beitrag zum Verständnis der Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers im Vorverfahren zu leisten. Im Jahre 1931 hat ALEXANDER (1) gesagt: "Seit 50 Jahren herrscht die Strafprozeßordnung über das deutsche Strafverfahren und immer noch besteht keine Klarheit über die Stellung des Verteidigers." Obwohl diese Aussage in einer Zeit gemacht wurde, in der die Erörterung um die Gestaltung des Strafverfahrens als Parteiprozeß besonders aktuell war, kann nicht behauptet werden, daß sie heute überholt wäre. Gänzlich sind die Probleme der Verteidigung noch nicht geklärt. Dies gilt insbesondere für die Stellung des Verteidigers im Vorverfahren. Noch immer ist die Meinung vorherrschend, daß das eigentliche Betätigungsfeld des Verteidigers die Hauptverhandlung sei, obwohl doch das Gesetz in § 137 StPO ausspricht, der Beschuldigte könne sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. Allerdings trifft das Gesetz über diesen fundamentalen Grundsatz hinaus keine wirklich umfassende Regelung der Tätigkeit der Verteidigung im Vorverfahren. Daraus und aus der Tatsache, daß in jüngster Zeit eine gesetzgeberische Neugestaltung erfolgt ist (2), rechtfertigt sich die Beschäftigung mit dem Thema dieser Untersuchung. Dabei soll die Betrachtung in besonderem Maße auch auf den Beschuldigten selbst ausgedehnt werden, der nicht ohne weiteres dem Bereich der Verteidigung zugeordnet werden darf.

2. Zur Methode

Eine Untersuchung des gewählten Themas kann nicht isoliert angestellt werden, weder bezüglich der Verfahrensbeteiligten, auf die es sich bezieht, also des Beschuldigten und seines Verteidigers, noch bezüglich des Verfahrensabschnittes, den es zum Gegenstand hat, also des Vorverfahrens. ALSBERG (3) hat zutreffend formuliert: "Suchen wir die Idee der Verteidigung zu ergründen, so befassen wir uns zwar formal mit einem Ausschnitt aus dem Ganzen des Strafprozesses, sachlich aber mit der Idee des Strafprozesses als Totalität." Derselbe Gedanke gilt für die Betrachtung des Vorverfahrens als

(1) ZStW 51, 54.

(2) Vgl. StPÄG vom 19. Dezember 1964, BGBl. 1964 I, 1067 ff.

(3) A.a.O., 4.

Unterabschnitt des gesamten Verfahrens. Sowohl die Tätigkeit der einzelnen Verfahrensbeteiligten als auch die Ziele der einzelnen Verfahrensabschnitte sind sämtlich auf das Ganze des Verfahrens bezogen. Von dort her erhalten sie ihre Bedeutung und ihre Ausgestaltung. Sofern wesensmäßige Vorgegebenheiten bestehen, die in der Natur der Sache begründet sind, müssen diese zwar berücksichtigt werden; sie können jedoch keine eigenständige, von der gesamten Problemstellung losgelöste Behandlung rechtfertigen.

Infolgedessen muß die Betrachtung in einem allgemeinen Teil bei der Aufgabe des Strafprozesses als Ausgangspunkt ansetzen und versuchen, die sich hieraus ergebenden Zwecke und Interessen zu erkennen und in ein geordnetes Gefüge zu bringen. Daran anzuschließen hat sich eine Darstellung des Wesens dieser Verfahrenszwecke mit den zwischen ihnen bestehenden Beziehungen und Zusammenhängen, wobei die für die praktische Verwirklichung bedeutsamen Konsequenzen aufzuzeigen sind. Die Erörterung nimmt sodann die Verwirklichung der gezeigten Verfahrenszwecke zum Gegenstand, wobei zunächst allgemein die verschiedenen aus den Zwecken abgeleiteten Verfahrensfunktionen behandelt werden.

Wenn so die Stellung der Verfahrensbeteiligten in ihrer Grundstruktur aufgezeigt ist, folgt in einem besonderen Teil zunächst die Beschränkung auf den Bereich des Vorverfahrens. Die Untersuchung befaßt sich dann mit den Funktionen des Beschuldigten und seines Verteidigers in diesem Bereich und wendet sich dann den Rechten und Pflichten im einzelnen zu, welche erforderlich sind, um diese Funktionen zu erfüllen.

Der solchermaßen aufgezeigte Weg der Untersuchung schließt eine deduktive Betrachtungsweise in sich, soweit nämlich die Stellung des Beschuldigten und seines Verteidigers auf der Grundlage der das Verfahren beherrschenden Axiome dargestellt werden soll. Dies hat notwendigerweise zur Folge, daß sich die Untersuchung zunächst in abstrakten und theoretischen Kategorien bewegt und auf diese Weise allgemeingültige Zwischenergebnisse anstrebt. Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers soll nicht aus der vorgegebenen Gesetzesmaterie herauskristallisiert werden.

Erst im besonderen Teil sollen die gewonnenen Zwischenergebnisse dann mit der praktischen Materie der gesetzgeberischen Einzelausgestaltung konfrontiert und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen aufgezeigt werden. Im ersten Teil muß der Zusammenhang mit der praktischen Rechtsmaterie sonach auf gelegentliche Andeutungen beschränkt werden. Die bei dieser Methode angestrebte Allgemeingültigkeit erscheint jedoch mit dem notwendigen Verzicht auf den ständigen Kontakt zu der praktischen Rechtsmaterie nicht zu teuer erkaufte.

ALLGEMEINER TEIL

II. AUFGABE UND ZWECK DES STRAFVERFAHRENS

1. Aufgabe des Strafverfahrens; Spannungsfeld

Das Vorverfahren hat als Teil des Strafverfahrens genau wie dieses zur Aufgabe die geregelte Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches gegen den einzelnen (4). Entsprechend den Bestandteilen dieser Aufgabe als der Bestrafung eines Straftäters steht dabei diese Regelung in ihrer Gesamtheit unter einer doppelten Spannung: einmal unter der Spannung, die sich auf die Vorgegebenheit des Verfahrens bezieht, ob nämlich eine Straftat begangen worden ist, also ein Strafanspruch besteht oder nicht; zum andern unter der Spannung, die sich auf das Ergebnis des Verfahrens bezieht, ob nämlich eine Bestrafung erfolgt, also ein Strafanspruch verwirklicht wird oder nicht.

Diese doppelte gegensätzliche Spannung besteht nun allerdings nicht, wie es bei oberflächlicher Betrachtung scheinen mag, in korrespondierender und paralleler Weise so, daß dem vorhandenen bzw. nicht vorhandenen Strafanspruch auch die Verwirklichung bzw. Nichtverwirklichung entspreche, m.a.W. daß jedem "Schuldig" bzw. "Unschuldig" i.S. der Tat auch ein "Schuldig" bzw. "Unschuldig" im Sinne des Verfahrens entspreche, so daß die gesamte Spannung sich schlicht auf die Frage "schuldig oder nicht schuldig" zurückführen ließe (5). Über die in dieser Fragestellung enthaltene Spannung hinaus ergibt sich die besondere, im Verfahren selbst enthaltene Spannung, ob nun auch der Schuldige bestraft werde und der Unschuldige unbehelligt bleibe, oder ob - aus welchen Gründen auch immer - ein ungerechtes Ergebnis des Verfahrens zustande komme.

Infolgedessen können sich die beiden aufgezeigten Gegensatzpaare dergestalt

- (4) Vgl. statt aller ROSENFELD, 18. Eine andere Ansicht wurde vertreten von HENKEL, DJZ 1935, 533, der als Aufgabe "die Sicherung der gestörten Rechtsordnung" bezeichnet, oder von HEGLER, 28, der vom Strafverfahren als der "Bereinigung einer Gemeinschaftsangelegenheit" spricht; ähnlich auch DAHM, DStR 1935, 260.
- (5) So wird denn auch zuweilen als Aufgabe des Strafprozesses angegeben, die Schuldigen zu bestrafen und die Unschuldigen vor ungerechter Strafe zu schützen; vgl. etwa DÜRR, DJZ 1928, 1435; HEGLER, 15; VARGHA, 298.

überschneiden, daß sich aus ihrer Kombination ein Spannungsfeld (6) mit folgenden Möglichkeiten ergibt:

- a) die Bestrafung eines Schuldigen;
- b) die Nichtbestrafung eines Unschuldigen;
- c) die Bestrafung eines Unschuldigen;
- d) die Nichtbestrafung eines Schuldigen.

Hinter diesen möglichen Spannungslinien verbergen sich die Interessen der Personen, die an dem im Verfahren geltend zu machenden Strafanspruch beteiligt sind, insbesondere des Staates als des Anspruchsträgers und des Beschuldigten als des Anspruchsgegners. Soweit diese Interessen von der Rechtsordnung anerkannt sind, haben wir es mit den Zwecken des Verfahrens zu tun.

2. Formeller und materieller Strafanspruch

Dabei wäre es ebenfalls eine simplifizierende Betrachtungsweise, die das aufgezeigte Spannungsverhältnis unzulässigerweise wiederum auf die bereits erwähnte schlichte Fragestellung des "schuldig oder nicht schuldig" zurückführen würde, wenn man das Interesse an der Bestrafung Unschuldiger als "Niemandesinteresse" (7) und das Interesse an der Nichtbestrafung Schuldiger als unzulässiges Strafvereitelungsinteresse ablehnen würde und nur das Interesse an der Bestrafung Schuldiger als Ausfluß dieses Strafanspruches i. S. eines Strafinteresses und das Interesse an der Nichtbestrafung Unschuldiger als das Gegenstück dieses Strafanspruches i. S. eines an den Freiheitswillen des einzelnen zugestandenen Verteidigungsinteresses anerkennen würde. Obwohl eine solchermaßen vorgenommene Bewertung der Verfahrensaufgabe entspräche, würde diese Betrachtungsweise der Sache doch nicht gerecht werden, weil sie irrigerweise davon ausginge, daß die Anerkennung eines Verfahrensinteresses lediglich aufgrund einer Bewertung erfolgen könnte. Dabei wäre gerade die dem Verfahren selbst innewohnende Schwierigkeit außer acht gelassen, wie denn nun die anerkannten Zwecke erreicht werden, wie also ein vorhandener Strafanspruch verwirklicht und wie bei einem fehlenden Strafanspruch eine Bestrafung vermieden wird.

Die Aufgabe des Strafprozesses darf nicht nur unter dem Aspekt der dogmatischen, rechtslogischen Betrachtung gesehen werden. Dies ist zwar für die grund-

(6) Vgl. dazu auch VON STACKELBERG, AnwBl. 1959, 195.

(7) Vgl. DAHM, ZStW 52, 592.

sätzliche Erörterung bedeutsam. Darüber hinaus bewegt sich aber der Strafprozeß im praktischen Bereich der Rechtsverwirklichung. Es müssen deshalb auch die praktischen Gesichtspunkte berücksichtigt werden (8). Der zugrunde liegende dogmatische Bereich wird vom praktischen überlagert. Erst wenn die Bewältigung dieser praktischen Schwierigkeit miteinbezogen wird, kann von einer geregelten Verwirklichung, kann von einem Verfahren gesprochen werden. Hier liegt das ureigene Anliegen eines jeden Strafverfahrensrechtes (9). Es muß also zu der grundsätzlichen Bewertung der einzelnen Interessen noch die Lösung der sich hinter diesen Interessen verbergenden Spannungslinien als deren Verwirklichung hinzukommen.

Die Rechtsordnung ist bei der Bewältigung dieser Aufgabe von dem Grundsatz bestimmt, daß jedes staatliche Handeln an Wahrheit und Gerechtigkeit als den obersten Werten gebunden ist (10). Demgemäß verlangt sie, daß zur Verwirklichung des Strafanspruches als der Reaktion auf ein begangenes Delikt diese zugrunde liegende Straftat nachgewiesen werde (11). Dieser Nachweis erfolgt durch objektive Feststellung der materiellen Wahrheit, die dann die Grundlage für die strafrechtliche Beurteilung bildet. Darüber hinaus hat diese Feststellung in justizförmiger Weise und mit zulässigen Mitteln zu erfolgen (12).

Demgegenüber wird die korrespondierende Spannung zwischen dem nicht vor-

(8) Vgl. EB.SCHMIDT, DRiZ 1959, 16.

(9) Vgl. ULLMANN, 3.

(10) Vgl. RGSt 72, 155 (156).

(11) Vgl. DAHS, AnwBl 1959, 175. Mit dieser Entscheidung sind alle Möglichkeiten ausgeschlossen, den Strafanspruch auf einer anderen Grundlage zu verwirklichen, etwa aufgrund einer bestimmten Eigenschaft des Beschuldigten, wie beispielsweise der Landschädlichkeit (vgl. EB.SCHMIDT, Strafrechtsgeschichte, 82), Gemeenschädlichkeit (wie es in nationalsozialistischem Gedankengut anklingt), Klassenfeindlichkeit oder ähnlichem. Ausgeschlossen ist etwa auch das subjektive Schuldgefühl als Strafgrundlage, wie man es sich in einer religiösen oder Weltanschauungsgemeinschaft vorstellen könnte. Daß allerdings der Grundsatz der materiellen Wahrheit für das Strafverfahren weder selbstverständlich noch uneingeschränkt gilt, hat SPENDEL, JuS 1964, 467, richtig erwähnt, besonders mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der sog. Wahlfeststellung.

(12) Vgl. EB.SCHMIDT, MDR 1951, 6; ders., Lehrkommentar, vor § 137 Anm.5; WACH, Struktur, 18; VON STACKELBERG, AnwBl 1959, 190; GALLAS, ZStW 58, 627.

handenen Strafanspruch und der Nichtbestrafung derart gelöst, daß hierfür der mangelnde Beweis einer Straftat genügt, daß also nicht etwa der negative Beweis einer nicht vorhandenen Straftat geführt werden müßte. Dies ist der wesentliche Inhalt der sogenannten *praesumptio boni viri* (13).

Diese beiden für das Strafverfahren fundamentalen Entscheidungen, nämlich die Unschuldsvermutung und der Grundsatz der objektiven Wahrheitsfeststellung, sind integrierender Bestandteil abendländischer Rechtskultur und haben insbesondere auch im Grundgesetz ihre verfassungsgeberische Verankerung gefunden: die erwähnten Grundsätze sind Emanationen der in Art.1, Abs.1 GG als oberster Wert anerkannten Menschenwürde (14).

Durch diese Entscheidung der Rechtsordnung wird die Durchsetzbarkeit des staatlichen Strafanspruches beeinträchtigt. Die Grenze zwischen den Bereichen der grundsätzlich anerkannten Verfahrenszwecke wird verschoben. Bei der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit ist der geforderte Nachweis der objektiven Wahrheit oftmals unmöglich (15). Diese Einschränkung wird noch dadurch verstärkt, daß das Gebot der Ermittlung in justizförmiger Weise fordert, daß aus rechtsstaatlichen Gründen auf an und für sich gegebene Erkenntnismittel verzichtet wird (16), weil sie unzulässig sind. Infolgedessen kann in all den Fällen der staatliche Strafanspruch nicht verwirklicht werden, in denen die Tatsachengrundlage nicht oder nicht in justizförmiger Weise nachgewiesen werden kann. Da außerdem zum Nachweis der Tat der volle Beweis verlangt wird, ein bloßer Verdacht also nicht genügt, sind auch alle die Fälle als Grundlage einer Bestrafung auszuschneiden, in denen die Ermittlungen ein *non liquet* ergeben haben. Da nun aber das Strafverfahren bezüglich des Ausgangs

(13) Vgl. VARGHA, 357.

(14) Vgl. hierzu SAX, 971, und besonders 987 f.

(15) Vgl. VON STACKELBERG, AnwBl 1959, 190; DAHS, NJW 1959, 1159; RGSt 61, 202 (206); 66, 163 (164); BGH LM § 261 StPO Nr.3, 6, 14, 23. Wegen dieser Schwierigkeiten der Wahrheitserforschung darf aber die Forderung nach objektiver Sachverhaltsfeststellung nicht aufgegeben werden, wie dies von BENDIX, JW 1920, 268, vorgeschlagen wurde. Vgl. hierzu auch SPENDEL, JuS 1964, 466.

(16) Vgl. VON STACKELBERG, AnwBl 1959, 193; EB.SCHMIDT, Justitia, 38; DAHS, AnwBl 1959, 175. SPENDEL, JuS 1964, 467, weist zutreffend darauf hin, daß diese solchermaßen "erweiterte Aufgabenstellung zu einer eingeschränkten Wahrheitssuche nötigt".

nur die Alternative Strafe oder Nichtstrafe kennt, müssen alle diese Fälle, in denen der Nachweis nicht oder nicht hinreichend zu führen ist, dem Bereich der Nichtstrafe zugerechnet werden. Insofern bedeutet also die Forderung, die objektive Wahrheit zu ermitteln, eine Verschiebung zu Ungunsten des Strafbereiches. Die Grenze zwischen Strafe und Nichtstrafe bildet nicht mehr die Schuld oder Unschuld, sondern die Möglichkeit oder die Unmöglichkeit, die Schuld nachzuweisen, m.a.W. die Überführbarkeit des Beschuldigten (17).

Ohne auf die in der Literatur (18) aufgetretene Streitfrage einzugehen, ob im Falle des nicht überführbaren Täters überhaupt ein Strafanspruch besteht, soll im Anschluß an BINDING (19) zwischen dem sich aus der Tat selbst ergebenden materiellen Strafanspruch als der Grundlage der verwirkten Strafe und dem formellen Strafanspruch als der Grundlage der zu verhängenden Strafe unterschieden werden (20). Dieser formelle Strafanspruch, bei dessen Vorliegen allein eine Bestrafung erfolgen kann und darf, verlangt, daß die zugrunde liegende Straftat justizmäßig bewiesen werden kann (21) und daß

(17) In diesem Zusammenhang muß darauf hingewiesen werden, daß es den Bereich des materiellen Strafanspruches, dem kein formeller entspricht, in praxi nicht gibt. Er ist nur in der gedanklichen Vorstellung möglich. In der Wirklichkeit des Verfahrens ist nur ein non liquet möglich, bei dem aber gerade nicht feststeht, ob ihm ein materieller Strafanspruch zugrunde liegt. Er umfaßt immer auch die Möglichkeit der - materiellen - Schuldlosigkeit; dies macht gerade sein Wesen aus. Gleichwohl ist es für die theoretische Betrachtung geboten, diesen Bereich eigens zu behandeln.

(18) Vgl. MAYER, GerS 104, 310; HENKEL, DJZ 1935, 533.

(19) Abhandlungen, II, 177.

(20) Eine Erörterung dieser Frage würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Wir halten die Unterscheidung jedoch schon um der Fälle willen für angebracht, in denen der Nachweis der Tat und damit eine Bestrafung nicht möglich ist, der Täter aber durch ein Geständnis beides dann ermöglicht. Hier wird nicht etwa ein zunächst nicht vorhandener Strafanspruch durch das Geständnis geschaffen, sondern der durch die Tat begründete Strafanspruch wird lediglich durchsetzbar. Vgl. dazu unten 5 c a.E.

(21) Der Grund für die Beschränkung auf die formellen Strafansprüche ist nur die Bindung des Staates an Wahrheit und Gerechtigkeit und nicht etwa eine Abwägung zwischen der Bestrafung eines Unschuldigen von der Freisprechung eines Schuldigen, wie sie von JOHN, 493 und 951, vorgenommen

außerdem die Verfahrensvoraussetzungen gegeben sind. Es muß klar erkannt werden, daß damit die Rechtsordnung auf die Durchsetzung eines Teiles der materiellen Strafansprüche verzichtet hat. Infolgedessen hat jegliche Strafrechtspflege von der Erkenntnis auszugehen, "daß nicht jedes Verbrechen bestraft werden muß und kann" (22). Die Begriffe "gerechtes" und "ungerechtes" Urteil erhalten dadurch einen doppelten Sinn, als einmal die materielle und zum andern die formelle Strafbarkeit gemeint ist.

Im Sinne der eingangs formulierten Aufgabe des Strafverfahrens ist daher dessen Gegenstand lediglich der formelle Strafanspruch. Entsprechend erweist sich das an der dem Verfahren vorgegebenen Aufgabe aufgezeigte Spannungsfeld für die verfahrensmäßige Betrachtung in abgewandelter Form. Schuldig ist im Sinne des Verfahrens immer nur der justizförmig überführbar Schuldige, unschuldig (i.S. von nicht schuldig!) ist auch der "nicht genugsam Überführte" (23).

Für das Strafverfahren ist also nur dieser formelle, auf die Überführbarkeit gegründete Schuldbegriff brauchbar. Jeder Versuch, auf einem anderen Wege als dem der Wahrheitsermittlung auf die materielle Schuld zurückzugreifen, ist unzulässig. Demgemäß ist die Verurteilung eines materiell, nicht aber auch formell Schuldigen ein ungerechtes Verfahrensergebnis.

Dies bedeutet allerdings nicht, daß der materielle Strafanspruch seine Bedeutung verlieren würde. Er, nicht etwa der formelle Strafanspruch, ist der Gegenstand des Strafverfahrens (24); nur für seine Verwirklichung ist er in obigem

worden ist, wenn er meint, daß durch den ungerechten Freispruch nur die Rechtsordnung, durch die ungerechte Bestrafung aber sowohl die Rechtsordnung als auch der Beschuldigte leide. Überdies wird dabei die Beeinträchtigung des Genugtuungsinteresses eines etwa Verletzten übersehen. Vgl. dazu unten Anm.29.

(22) WACH, Struktur, 18; vgl. auch SPENDEL, JuS 64, 473. ROSENFELD, 23.

(23) WACH, Struktur, 18; ebenso ACKERMANN, NJW 1954, 1385; VON LISZT, DJZ 1901, 181 (Diskussion); LÖWE-ROSENBERG, 18. Aufl., Vorbem. zum 11. Abschnitt, Anm.9; ders., 20. Aufl., Vorbem. zu § 137, Anm.7; EB. SCHMIDT, Lehrkommentar, vor § 137, RNr.8; DAHS, AnwBl 1959, 175; ders., NJW 1959, 1159; vgl. auch ROSENFELD, 28, der bemerkt, daß der "unüberführbare Angeklagte ... Freisprechung begehren darf". Ähnlich STOCK, Festschr. f. Mezger, 452.

(24) Dies ist der Sinn des materiellen Strafanspruches, nach welchem H.MAYER, GerS 104, 310, fragt.

Sinne eingeschränkt. Der formelle Strafanspruch ist die Durchsetzbarkeit des materiellen. Der Beschuldigte wird nicht bestraft, weil er überführbar ist, sondern vielmehr weil er schuldig und wenn er überführbar ist. Die theoretische Verfahrensaufgabe der Bestrafung des Beschuldigten wird, weil sie sich als praktisch nicht erreichbar erwiesen hat, durch die erreichbare Aufgabe der Bestrafung des Überführbaren ersetzt.

3. Die Ermittlung der objektiven Wahrheit

Die Entscheidung der Rechtsordnung, daß zur Bestrafung die zugrunde liegende Tat nachgewiesen werden müsse, hat eine weitere Konsequenz für die Verfahrensaufgabe: Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist nicht nur aus der Reihe möglicher anderer Methoden der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches (25) als allein zulässige anerkannt, sondern sie ist über die bloße Methode hinausgehoben und als notwendige Voraussetzung jeglicher Beurteilung zum Bestandteil der Verfahrensaufgabe gemacht. Der Aufgabe der Bestrafung Schuldiger wird diese zweite Aufgabe der Wahrheitsermittlung beigeordnet. Durch diese Erweiterung der Verfahrensaufgabe wird dem aufgezeigten Spannungsfeld ein weiteres Spannungsverhältnis nachgeordnet, hinter dem sich wieder verschiedene Verfahrensinteressen und gegebenenfalls -zwecke verbergen, ob nämlich entweder die Feststellung der Wahrheit gefördert oder gehindert werde, ob "ermittelt" oder "verdunkelt" werde.

4. Die *praesumptio boni viri*

Andererseits erfährt die Verfahrensaufgabe keine Erweiterung dadurch, daß der Spannungsbogen der Nichtbestrafung des Unschuldigen im Sinne der *praesumptio boni viri* gelöst wird (26). Diese Lösung erfolgt allein durch die Geset-

-
- (25) Etwa des schweren, jedoch nicht hinreichenden Verdachtes, der Selbstbe-zichtigung durch den Beschuldigten im Wege des Anerkenntnisses oder auch der Denunziation durch besonders honorire Personen u.ä.
- (26) Vgl. VARGHA, 357; SPENDEL, JuS 1964, 473. SAX, 987, hat auf die fundamentale Bedeutung der Unschuldsvermutung hingewiesen, wenn er sie "das oberste Verfahrensregulativ" nennt, "das dem vom Tatverdacht als Ausgangspunkt und von der Rechtsbewährung als Zielpunkt jeden Strafverfahrens bestimmten prozessualen Spannungsfeld seine inhaltliche Struktur gibt". Diese zutreffende Aussage ist richtigerweise so zu verstehen, daß die Unschuldsvermutung zusammen mit ihrem Gegenstück, dem Grundsatz der materiellen Wahrheit, gemeint ist.

zesentscheidung, durch die der Zustand der Unverdächtigkeit, der Zustand des Verdachtes und der Zustand der Schuldlosigkeit identifiziert werden, so daß sich der zu Unrecht Beschuldigte - nach dem Willen des Gesetzes - immer in derselben Lage befindet, sowohl vor als auch während als auch nach dem Verfahren (27).

5. Interessen und Zwecke des Verfahrens

Aus dem aufgezeigten Spannungsfeld des Verfahrens ergeben sich auf der Grundlage der dahinter stehenden Interessen folgende Verfahrenszwecke:

a) Der Strafzweck

Die Bestrafung des überführbar, also materiell und formell Schuldigen entspricht dem staatlichen Interesse an der Verwirklichung des Strafanspruches. Es ist der Strafzweck (28) des Verfahrens. Identisch damit ist das etwa vorhandene Interesse des Beschuldigten selbst, der als sittliche Persönlichkeit seine eigene Tat bewältigen, sie sühnen will. Auch dieses Interesse ist von der Rechtsordnung anerkannt, weil dem einzelnen Gelegenheit zu dieser Sühne gegeben werden soll. Insoweit haben wir es mit dem Sühneinteresse des Verfahrens zu tun (29).

b) Der Freiheitszweck

Die Nichtbestrafung Unschuldiger entspricht zunächst insoweit dem staatlichen Interesse an der Verwirklichung des Strafanspruches, als die Bestrafung

-
- (27) Es mag erlaubt sein, den Gedanken mittels einer Formel zu verdeutlichen: Wenn der Schuldige mit S, der Unschuldige mit U, die Verurteilung mit V, der Freispruch mit F und die Ermittlung der Wahrheit mit W bezeichnet wird, so ergibt sich aus dem Verfahren für den Schuldigen folgende Gleichung: $S + W = V$; während sie für den Unschuldigen lautet: $U = F$!
- (28) Dieser Zweck wird bei GERLAND, 138, Untersuchungszweck genannt. Der Ausdruck erscheint jedoch verwechslungsfähig mit dem später zu erörternden Ermittlungszweck, vgl. unten e.
- (29) Ebenfalls identisch mit dem Strafzweck ist das etwa vorhandene Interesse eines bei der Straftat Geschädigten oder Verletzten, das Genugtuungsinteresse, wie dies z.B. in den Bestimmungen über die Nebenklage oder auch Privatklage anerkannt ist. Darüber hinaus gibt es keine Anerkennung eines etwaigen Racheinteresses, wie es in primitiven Rechtskulturen der Fall sein mag.

nur gegenüber dem Schuldigen erfolgen darf, soll sie nicht ihren Wert als Unrechtssanktion verlieren. Insoweit haben wir es mit der negativen Seite des Strafinteresses, mit dessen Gegenstück zu tun (30), ohne daß dadurch bereits ein eigener Verfahrenszweck geschaffen wäre (31). Darüber hinaus liegt aber hier ein selbständiges staatliches Interesse vor, weil es ja auch zu den staatlichen Aufgaben gehört, den Bürger vor ungerechtfertigter Beeinträchtigung seiner Freiheitssphäre zu schützen (32); dies gilt auch dann, wenn diese Beeinträchtigung durch den Staat selbst droht, wie das im Strafverfahren gegen den Unschuldigen der Fall ist (33). Es liegt also ein vom staatlichen Interesse getragener (34) selbständiger Freiheitszweck (35) des Verfahrens vor.

Die Anerkennung des staatlichen Freiheitszweckes in unserer Rechtsordnung ist letztlich in Art.1 Abs.I GG verankert, weil eine Bestrafung, die nicht von einem Strafanspruch getragen ist, gegen die Menschenwürde verstößt.

Außerdem wird dieser Zweck getragen vom Interesse des Beschuldigten selbst an der Unversehrtheit seiner Individualsphäre. Auch dieses Individualinteresse ist im Freiheitszweck anerkannt.

c) Das Beeinträchtigungsinteresse

Das Interesse an der Bestrafung eines Unschuldigen, also der Beeinträchtigung seiner Freiheit, ist als "Niemandinteresse" bezeichnet worden (36), so daß

(30) So z.B. VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29.

(31) Diese Art der "Wahrnehmung" des Unschuldsinteresses ist gemeint, wenn es beispielsweise bei GOLDSCHMIDT, Reform, 20, heißt: "Kein vernünftiger Staatsanwalt wird jemals die Entlastungsmomente unberücksichtigt lassen."

(32) Vgl. DÜRR, DJZ 1928, 1435; HAUG, 9; LUKANOW, 26; KERN, 67; VARGHA, 298; ROSENFELD, 22; ULLMANN, 17.

(33) Die gegenteilige Meinung HEGLERS, 40 (ebenso EXNER, ZStW 54, 7) ist unzutreffend.

(34) Vgl. PFENNINGER, Verteidigung, 169.

(35) Der von GERLAND, 138, gebrauchte Ausdruck "Verteidigungszweck" soll vermieden werden, um den Begriff der Verteidigung nicht im Sinne einer ungeprüften Beschränkung auf diesen Zweck zu belasten. Es wird sich erweisen, daß diese Beschränkung für den Beschuldigten nicht zutrifft, vgl. unten Kap. VI A 1.

(36) DAHM, ZStW 52, 592.

es schon deswegen keinen Verfahrenszweck abgeben könnte. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen.

Es ist zunächst durchaus denkbar, daß ein solches Interesse vorhanden ist, um irgendwelche, allerdings außerhalb der eigentlichen Verfahrensaufgabe liegenden Ziele zu erreichen. Ein solches Ziel kann u.U. sowohl vom Staate (37) als auch vom Beschuldigten (38) angestrebt werden (39). Diese Interessen sind jedoch, da sie einen Mißbrauch des Strafverfahrens darstellen würden, nicht anerkannt, ohne daß es darauf anzukommen braucht, daß sie etwa aus sich selbst heraus zu mißbilligen wären (40).

Das Interesse an der Bestrafung Unschuldiger kann sich aber auch aus der dem Verfahren selbst gestellten, dann allerdings falsch verstandenen Aufgabe ergeben. Oben wurde dargelegt, daß auch der nicht überführbare Schuldige als unschuldig im Sinne des Verfahrens zu gelten hat. Es klaffen also insoweit der formelle und der materielle Strafanspruch auseinander. Das Interesse an der Verfolgung eines solchen materiellen Strafanspruches, dem kein formeller entspricht, kann sich sehr leicht ergeben, wenn das Verständnis des Verfahrens ausschließlich und einseitig an der bedeutungsmäßig zugrunde liegenden Aufgabe als der Ahndung des materiellen Strafanspruches orientiert wird, ohne daß die im Verfahren selbst begründeten Schwierigkeiten und ihr Einfluß auf die Verfahrensaufgabe betrachtet werden (41). (Daß gerade die Anklagebehörde leicht in die Lage kommen kann, ein solches Interesse anzustreben, folgt aus der zur Verfolgung des Strafzweckes erforderlichen Aktivität, die vermöge des ihr innewohnenden Trends die Verfolgung in den Bereich der

(37) Möglich ist z.B. die Ausschaltung politischer Gegner durch eine Bestrafung; man denke weiter an das Interesse, einen "Sündenbock" für eine Rechtsverletzung zu finden, um den wahren Schuldigen zu decken; möglich ist auch das Interesse an der Ahndung eines etwa unsittlichen oder auch rechtswidrigen, jedoch nicht strafbaren Verhaltens durch eine verfahrensmäßige Bestrafung.

(38) Beispielsweise um sich dem Wehrdienst zu entziehen.

(39) Vgl. BINDING, Abhandlungen, 209.

(40) Dies ist z.B. beim Interesse an der Ahndung eines vom Gesetzgeber versehentlich nicht unter Strafe gestellten Verhaltens nicht der Fall.

(41) Dieses Interesse an der Verfolgung eines nur materiellen Strafanspruches ist gemeint, wenn es bei HAFERLAND, 17, heißt, "daß der Staatsanwalt immer bemüht sein wird, das staatliche Strafprivilegium auszudehnen"; vgl. auch ALEXANDER, ZStW 51, 61.

unzulässigen Bestrafung führen kann (42). Eine jede Verfolgung dieses Interesses ist jedoch - sub specie processus - mit der Verfolgung eines auch materiell Unschuldigen gleichzusetzen, da nur der formelle Strafanspruch Grundlage einer Bestrafung sein darf. Ein entsprechender Zweck ist daher auch für die Fälle der materiell Schuldigen nicht anerkannt. Jedes insoweit vorhandene Interesse ist unzulässige Beeinträchtigung der Freiheit des Beschuldigten.

Eine Besonderheit ergibt sich für das Interesse des zunächst nicht überführbar Schuldigen an seiner Bestrafung aus dem Gedanken der Sühne heraus. Wenn hier der Beschuldigte durch seine eigene Tätigkeit seine Bestrafung herbeiführen will, so ist dies zulässig. Gleichwohl bedeutet dies keine Ausnahme von dem Gesagten. Vielmehr wird hier durch die Tätigkeit des Beschuldigten, etwa ein Geständnis, der formelle Strafanspruch geschaffen, so daß ein solcher Fall in die Kategorie der auch formell Strafbaren einzureihen ist. Daß dieser formelle Strafanspruch zunächst nicht gegeben war, ist unschädlich. Durch die Unterscheidung: formell strafbar - formell nicht strafbar entstehen logische, nicht zeitliche Kategorien. Wenn jedoch der formelle Strafanspruch aus verfahrensmäßigen Gründen nicht gegeben ist, so ist auch ein etwa vorhandenes Interesse des Beschuldigten an seiner Bestrafung nicht anerkannt. Es gibt keinen "Strafproduktionszweck".

d) Das Strafvereitelungsinteresse

Das Interesse an der Nichtbestrafung des Schuldigen entspricht dem natürlichen Lebens- und Freiheitswillen des Menschen. Dieser Wille ist jedoch, soweit der Strafanspruch reicht, in seiner Entfaltung eingeschränkt. Der überführbar - also auch formell - Schuldige hat die Bestrafung zu dulden, er darf sie nicht vereiteln. Hier steht dem Interesse des Beschuldigten die sich aus dem Strafanspruch des Staates ergebende Straferduldungspflicht (43) entgegen.

Auch soweit durch die Strafverfolgungsbehörden eine gebotene Bestrafung aus sachfremden Erwägungen, etwa aus politischen Rücksichten, verhindert werden sollte, wäre dies unzulässig und als Begünstigung sogar strafbar. Das Verfahren kennt keinen Strafvereitelungszweck.

(42) Vgl. unten Kap. III 8 a. E.

(43) Diese Pflicht ist von H. MAYER, GerS 104, 322, bestritten worden.

e) Der Ermittlungszweck

Aus der Ermittlungsaufgabe des Verfahrens ergeben sich weitere mögliche Verfahrensinteressen:

Das Interesse der Wahrheitsermittlung entspricht zunächst dem Interesse an der Bestrafung des Schuldigen, weil diese Bestrafung nur auf dem Wege des Nachweises der Straftat erfolgen kann. Es ist ein staatliches Interesse, soweit es dem Strafinteresse entspricht, es ist ein Interesse des Beschuldigten, soweit es dem Sühneinteresse entspricht. Insoweit ist es als Ermittlungszweck (44) anerkannt. Es umfaßt die Erforschung des Sachverhaltes der zugrunde liegenden Straftat mit zulässigen Mitteln auf justizförmige Weise.

Ein darüber hinausgehendes Ermittlungsinteresse ist denkbar. So kann z.B. die Wahrheitserforschung erwünscht sein, um die Schuldlosigkeit des Beschuldigten darzutun. Ein solches Interesse kann vornehmlich in der Person des Beschuldigten selbst begründet sein, dem es darum geht, in seiner durch das Verfahren als solches beeinträchtigten Stellung rehabilitiert zu werden und einen Freispruch wegen erwiesener Schuldlosigkeit zu erreichen (45), insbesondere etwa um sein Ansehen in der Öffentlichkeit wiederherzustellen (46).

Ein solches Ermittlungsinteresse wird jedoch von der im Strafverfahren anerkannten Aufgabe nicht mehr gedeckt. Diese Aufgabe besteht nur in der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches (47).

Daß ein Rehabilitationsinteresse nicht als Verfahrenszweck anerkannt ist, ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, daß in Verfolgung dieses Interesses eine Verfahrensinitiative nicht möglich ist. Ein Strafverfahren darf nur durchgeführt werden, wenn hinreichende Gründe vorhanden sind, die zu einer Verurteilung führen werden; andernfalls ist das Verfahren einzustellen. Das Rehabilitationsinteresse würde insoweit jedoch oft fordern, daß das Verfahren durchgeführt wird, um die Unschuld des Beschuldigten darzutun. Dazu ist jedoch das Straf-

(44) Vgl. GERLAND, 138.

(45) Vgl. BGHSt 16, 374 (379) und schon BGHSt 7, 153 (154).

(46) So bezeichnet es z.B. VON GLEISPACH, 1 (jedoch ohne nähere Begründung) als Aufgabe des Verfahrens, "gefährdete Ehre wiederherzustellen".

(47) So BGHSt 16, 374 (378); SAX in KLEINKNECHT-MÜLLER-REITBERGER, vor § 296 Anm. 4 a (2) mit weiteren Nachweisen; vgl. auch EB.SCHMIDT, Lehrkommentar II, Nr. 19 vor § 296.

verfahren nicht geschaffen (48). (Diese Argumentation wird auch durch das neu eingeführte Institut des Schlußgehörs gestützt, dessen Ziel es ist, den Beschuldigten vor "leichtfertigen Anklagen" (49) zu schützen, obwohl doch das Rehabilitationsinteresse fordern würde, daß zur umfassenden Aufklärung und zur gerichtlichen Feststellung der Unschuld das Verfahren weitergeführt würde.) Daraus ergibt sich, daß ein Rehabilitationsinteresse kein dem Verfahren vorgegebener Zweck ist. Der Betroffene muß sich insoweit auf die *praesumptio boni viri* verweisen lassen (50).

Ein Rehabilitationsinteresse kann aber auch nicht in beschränktem Umfange anerkannt werden, soweit es etwa darum ginge, gerade die durch das eingeleitete Strafverfahren selbst erhobene Beschuldigung und die insoweit erhärteten Verdachtsgründe zu beseitigen. Ein Nachweis der Straflosigkeit ist zur Erzielung eines freisprechenden Urteils nicht erforderlich. Die Spannungslinie der Nichtbestrafung des Unschuldigen wird durch die *praesumptio boni viri* gelöst, wie bereits dargelegt.

Die Anerkennung eines sich aus dem Rehabilitationsinteresse ergebenden Ermittlungszweckes kann auch nicht darauf gestützt werden, daß sich aus einem Freispruch mangels Beweises für den Beschuldigten nachteilige, mitunter schwerwiegende Nebenfolgen ergeben können, die durch den Nachweis der Schuldlosigkeit vermieden werden können. Solche Nebenfolgen sind insbesondere eine Entscheidung über die Erstattung von Auslagen gemäß § 467 Abs. II StPO oder über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. Aus der Bezeichnung als Nebenfolgen ergibt sich jedoch schon, daß diese Entscheidungen nicht die eigentliche Verfahrensaufgabe, d.i. die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches zum Gegenstand haben. Es sind vielmehr Konsequenzen, die im Anschluß an die Erledigung dieser eigentlichen Verfahrensaufgabe erfolgen. Zur Interpretation und Abgrenzung der Verfahrensaufgabe können jene Konsequenzen nicht herangezogen werden, weil diese Argumentation ein unzulässiges "Hysteron-Proteron" bedeuten wür-

(48) So zutreffend BGHSt 16, 374 (379). Vgl. SAX, 991, Anm.248.

(49) Vgl. KAISER, 23.

(50) So besonders Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar II, vor § 296 Nr.19 a.E., der ausführt, daß die Unschuldsvermutung "allgemein beherzigt werden sollte". Soweit dies in der Öffentlichkeit allerdings leider oft nicht geschieht, erscheint eine umfassendere Ausgestaltung des Strafverfahrens nicht als das geeignete Mittel, diesem Mißstand entgegenzutreten; vgl. hierzu BGHSt 16, 374 (379).

de. Von der Aufgabe des Strafverfahrens her betrachtet und unter Beachtung der vom Gesetz festgelegten *praesumptio boni viri* ergibt sich, daß verschiedene Stufen oder Arten des Freispruchs keine möglichen Verfahrensziele sind (51).

Auf eine Besonderheit ist hinzuweisen: Die *praesumptio boni viri* wird nach richtiger Ansicht nicht erst durch ein verurteilendes Erkenntnis außer Kraft gesetzt. Vielmehr gilt die Unschuldsvermutung bis zum "Nachweis der Schuld", wie Art.6 Abs.II der Konvention zum Schutze der Menschenrechte zutreffend formuliert, so daß dieser Nachweis trotz oder gerade durch ein freisprechendes Urteil geführt werden kann (52). Infolgedessen muß dem Beschuldigten die Möglichkeit eingeräumt werden, einen solchen - gegebenenfalls unrichtigen - Nachweis seiner Schuld zu verhindern. Allein, hieraus ergibt sich noch keine Erweiterung der Verfahrensaufgabe i.S. eines am Freiheitszweck (oder an einem Rehabilitationsinteresse) orientierten Ermittlungszweckes, weil es zur Widerlegung einer unrichtigen Schuldfeststellung des positiven Nachweises der Unschuld nicht bedarf, vielmehr genügt, daß die unrichtigen Feststellungen erschüttert werden. Dadurch tritt dann die *praesumptio boni viri* wieder in Kraft.

"Mehr als Freistellung von ihn unrichtig belastenden Unwertfeststellungen, etwa seine Rehabilitation, den Nachweis seiner Unschuld, kann der Beschuldigte nicht verlangen; denn mangels solcher Feststellungen gilt er als unschuldig."(53)

Insbesondere hat der Beschuldigte keinen Anspruch darauf, aus einem bestimmten, von ihm gewünschten Grunde freigesprochen zu werden (54).

Es gibt keinen am Freiheitszweck orientierten Ermittlungszweck.

(51) Die interessante Frage, inwieweit die erwähnten Vorschriften des Kostenrechts und der Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, die auf einer Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten des Freispruchs aufbauen, mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung, wie er in Art.6 Abs.II der Konvention zum Schutze der Menschenrechte niedergelegt ist, in Widerspruch stehen, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen und muß daher unerörtert bleiben.

(52) Vgl. SAX in KLEINKNECHT-MÜLLER-REITBERGER, vor § 296 Anm. 4 b a.E.

(53) So richtig SAX in KLEINKNECHT-MÜLLER-REITBERGER, vor § 296 Anm.4 b 3.

(54) Vgl. BGHSt 16, 374 (380).

Soweit ein Ermittlungsinteresse aus anderen Gründen besteht, etwa als historisches Aufklärungsinteresse, ist es im Strafverfahren nicht anerkannt, weil es mit der eigentlichen Verfahrensaufgabe nichts zu tun hat. Das Ermittlungsinteresse im Strafverfahren reicht nur soweit, als es von der spezifisch verfahrensmäßigen Ermittlungsaufgabe zum Nachweise einer Straftat getragen wird. Das Strafverfahren kennt keinen selbständigen Prüfungszweck zur historischen Aufklärung eines Sachverhaltes. Die Ermittlung ist vielmehr Teil des Strafverfahrens und findet nur statt, weil und soweit eine Bestrafung erfolgen soll (55). Ihr Ziel ist deshalb nicht schlechthin Ermittlung der Wahrheit, sondern nur Ermittlung des wahren Sachverhalts, der einen Strafanspruch zugrunde legt.

Eine gewisse Besonderheit ergibt sich für die Fälle der Beleidigung, in denen der Beschuldigte letztlich aus dem Gesichtspunkt der Interessenwahrnehmung gemäß § 193 StGB nicht verurteilt werden kann. Hier muß nach herrschender Lehre und Meinung (56) zunächst der Wahrheitsbeweis erhoben, also die Ermittlung umfassend geführt werden, obwohl dies für die Entscheidung als solche nicht erforderlich ist, weil die Voraussetzungen des § 193 StGB gegeben sind. Der Grund für diese Ausdehnung der Sachverhaltsermittlung über den zur Entscheidung der Schuldfrage erforderlichen Umfang hinaus ist der Gedanke, daß dem Verletzten die Möglichkeit gegeben werden soll, "seinen Ruf wieder herzustellen" (57). Diese Möglichkeit entspringt dem Genugtuungsinteresse des Verletzten (58), das im Strafzweck des Verfahrens ebenfalls anerkannt ist (59).

Eine wesentliche Änderung der Ermittlungsaufgabe bedeutet diese Ausdehnung der Sachverhaltserforschung indes nicht, insbesondere kommt dieser Ausdehnung keine eigenständige Bedeutung zu. Es ist nur die Konsequenz daraus, daß das Genugtuungsinteresse des Verletzten nur im Rahmen des staatlichen Strafverfahrens geltend gemacht und nicht unmittelbar vom Verletzten selbst verwirklicht werden darf. Normalerweise wird diesem Genugtuungsinteresse durch

(55) Insofern ist die Formulierung VON STACKELBERG's, AnwBl 1959, 190, zu weitgehend, wenn er Wahrheit und Gerechtigkeit gleichmäßig nebeneinanderstellt und beide das Doppelziel des Verfahrens nennt.

(56) Vgl. BGHSt 7, 392; 11, 273; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 193 Anm.II; MAURACH, 154.

(57) So BGHSt 11, 273 (276).

(58) Dies ist in BGHSt 16, 374 (380) zutreffend ausgesprochen.

(59) Vgl. oben Anm.29.

die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches Genüge getan. Wo dies - wie bei der aufgezeigten Situation im Falle der Beleidigung - ausnahmsweise nicht der Fall ist, weil das Genugtuungsinteresse wegen der besonderen Situation über das Strafinteresse hinausgeht, muß der Strafzweck in entsprechender Weise ausdehnend modifiziert werden (60). Dies ist der Ausgleich dafür, daß der Staat eine private Strafverfolgung nicht zuläßt. Demnach handelt es sich auch insoweit um die Realisierung des einen Strafzweckes und des von diesem abgeleiteten Ermittlungszweckes, wenn auch in einer (für diesen besonderen Fall) modifizierten Form.

f) Das Entstellungsinteresse

Dem Ermittlungsinteresse entgegengesetzt ist das Wahrheitsentstellungsinteresse. Dies kann einmal gegeben sein, wenn die Aufdeckung einer begangenen Straftat unterdrückt werden soll, um eine Bestrafung zu verhindern. Dies wird gemeinhin mit Verdunklungsinteresse (61) bezeichnet. Es ist, da es dem unzulässigen Strafvereitelungsinteresse entspricht und eine Begünstigung darstellen würde, nicht anerkannt (62). Das Entstellungsinteresse kann zum andern aber auch gegeben sein, um eine nicht vorhandene Straftat vorzutäuschen. Auch insoweit liegt eine Verdunkelung der Wahrheit vor. Im Anschluß an § 145 d StGB soll diese Entstellung zugunsten des Beschuldigten Vortäuschung genannt werden. Ein entsprechendes Interesse würde der nicht zulässigen Beeinträchtigung der Freiheit entsprechen. Es ist nicht anerkannt.

Vom anerkannten Freiheitszweck wird das Verdunklungsinteresse nicht getragen, weil dieser Zweck auch bei Aufklärung des zugrunde liegenden Sachverhaltes erreicht werden kann. Soweit ein nicht strafbarer Sachverhalt ermittelt wird, hat dies keine unzulässige Bestrafung, also auch keine Beeinträchtigung

(60) Weitere Konsequenzen dieser Modifikation sind etwa die Bekanntmachungsbefugnis des Verletzten nach § 200 StGB und letztlich auch die private Verfahrensinitiative des Verletzten im Wege der Privatklage.

(61) Vgl. KÖHLER, GerS 53, 230.

(62) Dies gilt auch dann, wenn die Motive selbst zu einer solchen Verdunkelung anerkannt sind, z.B. zum Zwecke der politischen Geheimhaltung. Hier muß das Verfahren selbst in den Geheimhaltungsbereich mit einbezogen werden. Die entgegengesetzte Meinung bei SIEGERT, ZStW 54, 24, beruht auf einer ungerechtfertigten Überbewertung der Staatsräson.

des Freiheitsinteresses zur Folge (63). Soweit die Ermittlung einer Straftat in unzulässiger Weise oder mit nicht justizförmigen Mitteln vorgenommen wird, steht dies zwar dem Freiheitszweck entgegen. Gleichwohl kann daraus kein Verdunkelungsinteresse abgeleitet werden. Verdunkelung ist immer nur die Hinderung der zulässigen Wahrheitsermittlung. Ein unaufklärbarer Sachverhalt kann nicht verdunkelt werden, er kann nur in seiner Unaufklärbarkeit aufgezeigt werden. Diese Aufgabe fällt in den Bereich des Freiheitszweckes.

Ein Wahrheitsentstellungszweck ist nicht anerkannt.

6. Die Ausschließlichkeit der Zwecke

Andere Interessen als diejenigen, die sich aus der Verfahrensaufgabe ableiten lassen, sind nicht als Zwecke anerkannt. Insbesondere gibt es keinen umfassenden Ermittlungszweck aufgrund eines allgemeinen Aufklärungsinteresses (64). (Auch in dem Sonderfall der Beleidigung ist ein solches allgemeines Ermittlungsinteresse nicht anerkannt, weil die Ausdehnung der Sachverhaltserforschung zum Zwecke der Genugtuung des Verletzten nur eine Modifikation des Ermittlungszweckes, wie er sich aus der Verfahrensaufgabe ergibt, darstellt (65)). Abzulehnen ist auch ein eigenes Prüfungsinteresse, bei dem gleichwertig die Strafbarkeit oder die Strafflosigkeit des Beschuldigten nebeneinander dargetan werden sollte. Das Interesse an der Feststellung der Unschuld des Beschuldigten wird im Rahmen des Freiheitszweckes nur soweit berücksichtigt, als eine unbegründete Strafe verhindert werden soll. Die Feststellung der Unschuld als selbständiges Verfahrensziel (66) ist nicht möglich.

Aus der Zahl der verschiedenen Interessen, die sich auf der Grundlage der dem Verfahren gestellten Aufgabe ergeben können, sind also folgende Zwecke anerkannt (67):

(63) Die Unbequemlichkeit der Ermittlungen als solcher hat auch der Schuldlose hinzunehmen, vgl. WACH, Struktur, 15.

(64) Die Aufdeckung der Wahrheit ist nicht der oberste Grundsatz im Strafverfahren, wie SCHULTZ, JR 1929, 18, meint; vgl. hierzu SPENDEL, JuS 1964, 465, der zutreffend formuliert, die Wahrheit sei "nicht die Krönung, sondern das Fundament".

(65) Vgl. oben Kap. II, 5 e a. E.

(66) So daß das Strafverfahren ein Institut bereithalten müßte, das der negativen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO entsprechen würde.

(67) Vgl. GERLAND, 138.

- a) der Strafzweck,
- b) der Freiheitszweck,
- c) der Ermittlungszweck.

7. Umfang und Bedeutung der Verfahrenszwecke

Der Umfang und die Bedeutung dieser Verfahrenszwecke sind nicht gleich. Vielmehr ergibt sich jeweils die Verschiedenheit aus dem Bezug dieser Zwecke auf die ursprüngliche Verfahrensaufgabe.

a) Der Strafzweck als Primärzweck

Der Strafzweck ist der Primärzweck des Verfahrens. Um seinetwillen ist das Verfahren überhaupt geschaffen (68). Er ist in vollem Umfange und selbstständig zu verwirklichen, soweit dies mit rechtsstaatlichen Mitteln möglich ist.

Ergänzend ist zu bemerken, daß der Strafzweck nicht nur auf die Bestrafung als solche abzielt, sondern auch auf die Art und Höhe der Bestrafung, also das 'Wie' der Strafe. Bei den grundsätzlichen Überlegungen über die Verfahrenszwecke (und später die -funktionen) kann jedoch der Aspekt des Strafmaßes zunächst in den Hintergrund treten. Außerdem soll der Einfachheit halber nur von 'Strafe' als strafrechtlicher Unrechtsfolge gesprochen werden, obwohl man sich bewußt sein muß, daß es im Strafverfahren u.U. auch um bessernde oder sichernde Maßnahmen geht (69).

b) Der Freiheitszweck als Sekundärzweck

Demgegenüber ist im Freiheitszweck die dahinter stehende Aufgabe des Staates, den Bürger zu schützen, nur insoweit zu verwirklichen, als sich dieser Schutz gerade gegen eine Beeinträchtigung durch das Strafverfahren selbst rich-

(68) Gelegentlich wird dieser Zweck als der Verfahrenszweck schlechthin bezeichnet, so z.B. im Entwurf StPÄG, wo in Art.3 Ziff.4 vom "Zweck des Verfahrens" und in Art.3 Ziff.5 vom "Untersuchungszweck" gesprochen wird, was jedoch sachlich dasselbe ist. Gemeint ist mit dieser Ausdrucksweise lediglich der Primärcharakter dieses Zweckes.

(69) Wir bedienen uns dabei der gleichen Methode, wie sie Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar I, RNr.25, Anm.56, anwendet.

tet (70). Eine umfassende Durchsetzung dieser Aufgabe ist im Strafverfahren nicht vorgesehen, es ist kein Schutzverfahren, es hat deshalb auch keinen Schutzzweck (71). Der Freiheitszweck ist nicht etwa die allgemeine Anerkennung eines Freiheitsanspruches, den der einzelne gegen den Staat habe (72) und der ihn vor mancherlei Beeinträchtigungen - etwa seiner Grundrechte - schützen solle. Nur soweit eine solche Beeinträchtigung durch eine ungerechte Strafe erfolgen würde, soll dieser Schutz ausgeübt werden (73). Der Freiheitszweck ist nur mittelbar auf die Schutzaufgabe des Staates zurückzuführen, unmittelbar ist er aus dem Strafzweck abgeleitet als dessen negative Seite. Im Grunde soll nicht die Freiheit des einzelnen verwirklicht, sondern ihre Mißachtung gehindert werden. Wir haben es deshalb mit dem Sekundärzweck des Verfahrens zu tun. Zur Verwirklichung der eigentlichen Verfahrensaufgabe trägt er nicht bei.

Gleichwohl folgt aus der dargestellten Abhängigkeit des Freiheitszweckes vom Strafzweck keine Einschränkung der Bedeutung. Diese Abhängigkeit bestimmt nur den Umfang der Schutzaufgabe im Strafverfahren. Seine Bedeutung kann dieser Zweck nicht aus der Verfahrensaufgabe ableiten, weil er nicht ihrer Verwirklichung dient. Sie ergibt sich vielmehr aus der eigenständigen Pflicht des Staates, seine Bürger vor Beeinträchtigungen ihrer Rechtsgüter zu schützen (74). Infolgedessen sind Strafzweck und Freiheitszweck in der Bedeutung einander gleichgeordnet, es sind beides selbständige

(70) Vgl. VON DER GOLTZ, DSr 1935, 269.

(71) Die von DÜRR, DJZ 1928, 1435, geäußerte Meinung, eine gute StPO müsse auch den Schutz des einzelnen gewährleisten, kann deshalb in dieser Allgemeinheit nicht übernommen werden.

(72) Vgl. hierzu BENDIX, JW 1920, 268, der das Verhältnis des einzelnen zum Staate als eine entscheidende Vorfrage jeder Regelung des Strafverfahrens bezeichnet.

(73) So verstanden erhält jener berühmte Ausspruch eines Kammervorsitzenden seinen guten Sinn: "Wir sind eine Strafkammer und keine Freisprechkammer."

(74) Diese Pflicht ist letztlich aus der Achtung der Menschenwürde abzuleiten, wie sie in Art. 1 Abs. 1 GG zum obersten Grundsatz allen staatlichen Handelns erhoben ist. Vgl. hierzu auch ULLMANN, 4 und besonders 17, wo es als höchste Forderung der Gerechtigkeit angesprochen ist, "die rechtliche Geltung der mit der freien Persönlichkeit des Staatsgenossen gegebenen Interessen ebenso" anzuerkennen, "wie das staatliche Interesse an der Bestrafung und Verfolgung des Schuldigen".

Verfahrenszwecke. Dadurch ist der Freiheitszweck über die bloß negative Seite der Verwirklichung der Verfahrensaufgabe hinausgehoben, wie dies bei einer Anerkennung als unselbständiger Verfahrenszweck der Fall wäre.

c) Der Ermittlungszweck als unselbständiger Teil des Primärzweckes

Demgegenüber dient der Ermittlungszweck der unmittelbaren Verwirklichung der Verfahrensaufgabe, die durch das Erfordernis der Wahrheitsermittlung modifiziert ist. Die Wahrheitsermittlung ist Bestandteil der Verfahrensaufgabe. Deshalb ist dieser Zweck Teil des Primärzweckes. Der Ermittlungszweck ist aber keine unmittelbare Manifestation der eigentlichen Verfahrensaufgabe. Er dient nur ihrer Verwirklichung, er ist völlig von ihr abhängig, sowohl dem Umfange nach als auch der Bedeutung nach. Deshalb haben wir es hier mit einem unselbständigen Teil des Primärzweckes zu tun (75).

8. Zusammenfassung

Aufgabe des Strafverfahrens ist die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches gegen den einzelnen. Dies hat auf der Grundlage des Nachweises der Straftat durch Ermittlung der objektiven Wahrheit mit justizförmigen Mitteln zu erfolgen. Dadurch beschränkt sich das Verfahren auf die Durchsetzung der formellen Strafansprüche. Weitere Verfahrensaufgabe ist der Schutz des einzelnen vor ungerechter Bestrafung. Diesen Schutz genießen Unschuldige und nicht überführbar Schuldige gleichermaßen. Der Verwirklichung dieses Schutzes dient die *praesumptio boni viri*.

Aus dem hinter dieser Aufgabe stehenden Spannungsfeld sind folgende Interessen als Verfahrenszweck anerkannt:

- a) Die Bestrafung des überführbar Schuldigen ist selbständiger Primärzweck (Strafzweck).
- b) Die Nichtbestrafung des Unschuldigen und des nicht überführbar Schuldigen ist selbständiger Sekundärzweck (Freiheitszweck).
- c) Die Ermittlung der objektiven Wahrheit ist unselbständiger Teil des Primärzweckes (Ermittlungszweck).

(75) Zu weitgehend daher VARGHA, 272, der die Erforschung der materiellen Wahrheit als Ziel eines jeden Strafprozesses schlechthin bezeichnet. Daß die Wahrheitserforschung nur ein Mittel zur Erreichung der primären Strafzwecke ist, ergibt sich vor allem auch aus dem anerkannten Institut der sog. Wahlfeststellung, vgl. hierzu SPENDEL, JuS 1964, 467.

Diese Zwecke werden sowohl von den Interessen des Staates als auch von denen des Beschuldigten getragen. Andere Interessen sind nicht als Verfahrenszwecke anerkannt, insbesondere nicht - da der Verfahrensaufgabe entgegenstehend - das Strafvereitelungsinteresse, das Beeinträchtigungsinteresse und das Wahrheitsentstellungsinteresse.

III. DAS WESEN DER VERFAHRENSZWECKE UND IHR VERHÄLTNIS ZUEINANDER

1. Die Rangfrage der Verfahrenszwecke

Für die Verwirklichung der festgestellten Verfahrenszwecke ist es bedeutsam, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und welche Wesensunterschiede sich zwischen ihnen ergeben. GERLAND (76) hat beispielsweise eine bestimmte Rangfolge der einzelnen Verfahrenszwecke angenommen, als er den Untersuchungszweck dem Verteidigungszweck (77) und diesen dem Ermittlungszweck vorordnete. Dies bedarf jedoch näherer Prüfung.

Eine bestimmte Rangfolge ist nur möglich, wenn zwischen den einzelnen Zwecken ein Überschneidungsverhältnis besteht. Nur dann taucht die Frage des Vorranges auf. Dies hat zunächst zur Voraussetzung, daß sich die Zweckbereiche auf derselben Ebene befinden. Dieses Erfordernis ist nur gegeben im Verhältnis zwischen den selbständigen Verfahrenszwecken, da sie sich auf der Ebene des Rechtlichen bewegen; es handelt sich um die Frage, ob nämlich eine Bestrafung erfolgt oder nicht. Demgegenüber hat der Ermittlungszweck seinen Platz auf der Ebene des Tatsächlichen insofern, als hier lediglich ein der Bestrafung zugrunde liegender Sachverhalt erforscht werden soll. Infolgedessen kann für diesen Zweck die Rangfrage nicht gestellt werden.

2. Die Unterordnung des Ermittlungszweckes unter den Strafzweck

Das Verhältnis des Ermittlungszweckes zu den anderen Zwecken erschöpft sich

(76) A.a.O., 138.

(77) Mit "Untersuchungszweck" meint GERLAND den Strafzweck, mit "Verteidigungszweck" den Freiheitszweck i.S. der Terminologie dieser Arbeit; vgl. auch oben Anm.35.

in der Relation zum Strafzweck: Als unselbständiger Teil des Primärzweckes ist der Ermittlungszweck gänzlich, sowohl nach Umfang als auch nach Bedeutung, vom Strafzweck abhängig. Er ist dessen Projektion auf die Ebene des Tatsächlichen. Insbesondere ist es nicht möglich, die Ermittlungen in die Belastungen und die Entlastungen aufzuteilen und nur die Belastungen dem Primärzweck zuzuordnen (78). Die Erforschung des Sachverhaltes ist wertfrei, die Beurteilung erfolgt erst auf der Ebene des Rechtlichen.

Der Ermittlungszweck ist dem Strafzweck untergeordnet. Infolgedessen ist die Rangfrage auf die beiden selbständigen Zwecke zu beschränken.

3. Die Ranggleichheit der selbständigen Verfahrenszwecke

Aus der jeweiligen Orientierung an der Verfahrensaufgabe folgt für das Verhältnis der beiden selbständigen Verfahrenszwecke, daß jedem von ihnen ein eigener Bereich zugeordnet ist, innerhalb dessen nur er zur Wirkung kommt. Besteht ein formeller Strafanspruch, so ist dieser zu verwirklichen, der Primärzweck der Bestrafung tritt in Geltung. Insoweit ist der Freiheitszweck noch gar nicht gegeben. Fehlt umgekehrt ein Strafanspruch, so fällt der Strafzweck weg, an seine Stelle tritt der Freiheitszweck als Sekundärzweck. Der Strafzweck basiert auf der Präsenz, der Freiheitszweck auf der Absenz des formellen Strafanspruches.

Ein Überschneidungsverhältnis wäre nur denkbar, wenn man dem Strafzweck das Interesse an der Nichtbestrafung des Schuldigen oder wenn man dem Freiheitszweck das Interesse an der Bestrafung des formell nicht Schuldigen entgegensetzen würde. Beide Interessen sind jedoch nicht anerkannt, die erwähnte Entgegensetzung ist unzulässig (79). Insbesondere ist es nicht möglich, dem Freiheitszweck das Interesse an der Bestrafung des materiell, nicht jedoch formell Schuldigen zu konfrontieren, wie dies im Übereifer einer falsch verstandenen Strafverfolgung leicht geschehen kann. Der nicht Überführbare darf nicht bestraft werden (80). Beide Verfahrenszwecke haben demnach je ihren

(78) wie es der Ansicht ASCHROTTs, Reform 1906, 97, zugrunde liegt; vgl. auch VON LISZT, DJZ 1901, 180; dagegen BINDING, Abhandlungen, 210.

(79) Vgl. DAHM, ZStW 52, 589; GÜDE, AnwBl 1961, 3, der von der Anklage und der Verteidigung "als korrespondierenden Elementen einer Sinn-einheit" spricht.

(80) Vgl. DAHS, NJW 1959, 1159; ders., AnwBl 1959, 175.

eigenen Geltungsbereich. Eine Überschneidung ist nicht möglich. Sie können deshalb als gleichrangig anerkannt werden.

4. Das Alternativverhältnis der beiden Zwecke

Die beiden selbständigen Verfahrenszwecke können nach dem bisher Gesagten ohne gegenseitige Beeinträchtigung verwirklicht werden. Allerdings geschieht dies nicht gleichermaßen dergestalt, daß jeweils der Strafzweck und der Freiheitszweck zusammen, gleichsam kumulativ erreicht werden müssen. Die gleichwertige Anerkennung der Verfahrenszwecke bedeutet nicht, daß sie auch gleichmäßig verwirklicht werden müßten. Dies wäre auch nicht möglich, da die Ergebnisse der jeweiligen Zweckverwirklichung, nämlich die Bestrafung bzw. die Nichtbestrafung in einander ausschließendem Gegensatz stehen. Die Nichtbeeinträchtigung beider Zwecke folgt jedoch nicht aus einer - nicht gegebenen - Verträglichkeit der Ergebnisse, sondern daraus, daß sich die Wirkungsbereiche der Zwecke vermöge der gemeinsamen Orientierung an der Verfahrensaufgabe nicht überschneiden. In einem Verfahren gegen einen Unschuldigen und einen nicht überführbar Schuldigen darf nur der Freiheitszweck, in einem Verfahren gegen einen (auch) formell Schuldigen nur der Strafzweck angestrebt werden.

Die solchermaßen dargelegten Grundsätze gelten auch - allerdings in differenzierter Form -, wenn beide Zweckbereiche im selben Verfahren nebeneinander zum Tragen kommen, ohne daß damit von einer kumulativen Verwirklichung der beiden Verfahrenszwecke gesprochen werden könnte. Eine solche Situation ist dann gegeben, wenn ein formeller Strafanspruch besteht, wenn jedoch die Strafverfolgung in übermäßiger Form betrieben wird und auf eine unangemessen hohe Strafe hinzielt. M.a.W., es geht in diesen Fällen nicht um das Ob, sondern um das Wie der Bestrafung.

Die gedankliche Unterscheidung zwischen den beiden Bereichen des Straf- und des Freiheitszweckes, wie sie für die Frage der Schuldfeststellung entwickelt worden ist, muß in diesen Fällen in entsprechender Weise auf die Ebene der rechtlichen Qualifikation bzw. des Strafmaßes übertragen werden. Soweit die Strafverfolgung auf ein angemessenes Strafmaß bzw. auf eine richtige Qualifikation hinarbeitet, ist dies eine zulässige Realisierung des Strafanspruches; der Freiheitszweck wird nicht beeinträchtigt. Soweit über das Verfahren auf eine unangemessene Bestrafung oder eine unrichtige Qualifikation zielt, ist dies eine vom Strafzweck nicht mehr getragene Verfolgung; das Verfahren wird insoweit zu Unrecht geführt. Hier ist dann der Freiheitszweck zu realisieren.

Ein Beispiel mag es verdeutlichen: Hat ein Beschuldigter einen einfachen Diebstahl begangen, wird jedoch das Verfahren gegen ihn wegen schweren Diebstahls geführt, so trägt der Strafzweck nur eine Bestrafung wegen einfachen Diebstahls. Insoweit wird der Freiheitszweck nicht beeinträchtigt. Dies geschieht erst durch die angestrebte Bestrafung, soweit sie sich auf die qualifizierenden Diebstahlsmerkmale stützt. Hierfür ist der Strafzweck keine Grundlage mehr, vielmehr erfordert der Freiheitszweck, daß insoweit eine Bestrafung unterbleibt.

Es folgt: Straf- und Freiheitszweck können niemals zugleich in Wirkung treten; ein konkreter Gegensatz, ein Widerspruch zwischen ihnen ist nicht möglich (81). Infolgedessen ist auch nicht möglich, daß einer von beiden auf Kosten des anderen verwirklicht werden könnte (82). Beide Zwecke stehen sich alternativ gegenüber; im Einzelfall ist immer nur einer in Kraft.

5. Das Korrespondenzverhältnis beider Zwecke

Allerdings bedeutet die gegenseitige Nichtbeeinträchtigung nicht ein beziehungsloses Nebeneinander beider Zwecke. Vielmehr folgt aus dem gemeinsamen Bezug auf die Verfahrensaufgabe eine Berührung beider Zwecke. Sie grenzen unmittelbar aneinander. Es gibt im Strafverfahren keinen Bereich, in dem keiner der beiden Zwecke Geltung hätte. Vielmehr haben beide Zweckbereiche einen gemeinsamen Grenzpunkt; dies ist die Verwirklichung des formellen Strafanspruches (83). Der Unterschied zwischen den beiden Zwecken ist nur, daß sich jeder von ihnen diesem gemeinsamen Grenzpunkt von einer anderen Seite nähert. Der Strafzweck erstrebt, daß nicht weniger als der formelle Strafanspruch, der Freiheitszweck, daß nicht mehr verwirklicht werde. Es besteht kein Verwirklichungsspielraum. Durch die Realisierung des gemeinsamen Grenz- und Orientierungspunktes, nämlich durch die Verwirklichung des formellen Strafanspruches können beide Zwecke erreicht werden (84). Jede Überschreitung eines Zweckes bedeutet notwendig eine Beein-

(81) Vgl. HENKEL, DJZ 1935, 531; ZU DOHNA, 68; wenn H.MAYER, GerS 104, 327, von einem "empirischen Interessenwiderstreit" spricht, werden die zugrunde liegenden Zwecke nicht klar gesehen. Ähnlich mißverständlich auch ULLMANN, 27, der von einem "Gegensatz der Interessen" spricht.

(82) Vgl. JOHN, 956.

(83) Vgl. BINDING, Abhandlungen, 209.

(84) Vgl. HAUG, 5; JOHN, 956.

trächtigung des anderen, die dann eine Tätigkeit zur Verwirklichung des beinträchtigten Zweckes hervorruft. Insofern kann man sagen, daß durch die Geltendmachung jedes einzelnen Zweckes auch der andere erreicht wird, weil er in den ihm zukommenden Bereich verwiesen wird. Beide Verfahrenszwecke stehen im Verhältnis harmonischer Korrespondenz, sie entsprechen einander (85). Durch die Verwirklichung des einen wird jeweils auch der andere gefördert.

6. Die Abhängigkeit des Freiheitszweckes vom Strafzweck

Neben dem aufgezeigten äußeren Verhältnis der alternativen Korrespondenz besteht zwischen den Verfahrenszwecken auch ein innerer Bezug, dieser allerdings nur einseitig. Der Primärzweck ist in sich geschlossen. Er ist die Manifestation der eigentlichen Verfahrensaufgabe als der Bestrafung des formell Schuldigen. Die Verwirklichung dieser Aufgabe ist aus sich heraus möglich. Deshalb ist der Strafzweck der Primärzweck des Verfahrens.

Demgegenüber steht der Sekundärzweck in Abhängigkeit vom Primärzweck. Die hinter diesem Zweck stehende Aufgabe des Schutzes des einzelnen kann nicht aus sich selbst heraus innerhalb des Freiheitszweckes verwirklicht werden. Sie ist in ihm nur um der unzulässigen Beeinträchtigung willen anerkannt, soweit diese in Ausübung des Strafzweckes erfolgt. Das macht die Sekundärnatur des Freiheitszweckes aus. Daraus folgt für die gesamte Realisierung des Freiheitszweckes eine innere Anlehnung an die Verwirklichung des Strafzweckes (86), weil nämlich diese Verwirklichung, soweit sie unberechtigt erfolgt, die Voraussetzung für die Realisierung des Freiheitszweckes darstellt. Der Freiheitszweck baut auf dem unzulässig ausgeübten Strafzweck auf. Dieser soll nur in den ihm zustehenden Bereich zurückverwiesen werden. Infolgedessen ist die Verwirklichung des Freiheitszweckes die Reaktion auf die unzulässige Verwirklichung des Strafzweckes.

7. Die Verschiedenheit des Ergebnisses

Aus dem unterschiedlichen Bezug auf die Verfahrensaufgabe (der das Verhältnis von Primär- zu Sekundärzweck bedingt) folgt, daß das Verfahrens-

(85) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 3; DAHM, ZStW 52, 589.

(86) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 4.

ergebnis je eine verschiedene Bedeutung für die Verfahrenszwecke hat.

Der Strafzweck wird "primär" angestrebt, als nämlich ein bestimmtes Verfahrensergebnis, die Bestrafung, erreicht werden soll. Der Endpunkt dieses Zweckes ist ein Plus gegenüber dem Ausgangspunkt. Es muß eine Veränderung vorgenommen werden, nämlich von der Unbestraftheit in die Bestrafung. Neben dieses eigentliche Ziel tritt dann noch gegebenenfalls die Aufgabe, ein etwa im Wege versuchter Strafvereitelung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen.

Demgegenüber verfolgt der Freiheitszweck kein bestimmtes Ziel, das aus sich heraus, das "primär" angestrebt werden könnte. Es soll und kann nichts anderes erreicht werden, als was bereits vor dem Verfahren vorhanden war, nämlich die Freiheit des Beschuldigten (von Bestrafung). Verwirklichung dieses Zweckes ist immer nur Verhinderung einer unbegründeten Strafe (87). Das bedeutet, daß die beiden möglichen Zweckverwirklichungen, nämlich die Bestrafung bzw. die Nichtbestrafung nicht beide ein Ergebnis im eigentlichen Sinne des Verfahrens sind (88). Dies trifft nur für die Bestrafung zu. Die Nichtbestrafung ist mit dem Ausgangspunkt des Verfahrens, nämlich der Unbestraftheit, identisch; sie ist nicht etwa eine besondere Konkretisierungsform eines Freiheitsanspruches (89). Die Nichtbestrafung nach dem Verfahren hat keinen höheren Freiheitsgehalt als die Unbestraftheit vor dem Verfahren. Es wäre falsch, wollte man den Zustand der Unbestraftheit etwa als Neutrum ansehen, aus dem dann die Bestrafung oder die Nichtbestrafung als Ergebnis des Verfahrens folgen würde. Die Rechtsordnung kennt nur die Strafe und die Freiheit. Tertium non datur (90). Das Strafverfahren ist nicht mit einem Überprüfungsverfahren gleichzusetzen, etwa dem der Eignungsfeststellung einer Person zu einer bestimmten Aufgabe (91), bei dem die Eignung bzw.

-
- (87) Infolgedessen ist es nicht zu billigen, wenn GÜDE, AnwBl 1961, 3, auch für den Freiheitsanspruch eine aktive Vertretung fordert; vgl. dagegen BELING, 150.
- (88) Dies wird bei HEGLER, 32, verkannt, der meint, daß das gemeinsame Ziel auch unter dem Aspekt des Freiheitszweckes verfolgt werde.
- (89) Das gilt auch in Ansehung der Rechtswirkung ne bis in idem, weil sie nicht auf einer Vorgegebenheit des Verfahrens, sondern auf diesem selbst aufbaut.
- (90) Insbesondere ist der Zustand des Verdachtlichen kein solches tertium. Dies würde der praesumptio boni viri zuwiderlaufen. Vgl. unten Kap. V 2.
- (91) Als Beispiele seien nur genannt alle staatlichen Berufsprüfungen oder das Verfahren zur Erlangung der Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen.

die Nichtteignung als gleichwertige Verfahrensergebnisse zustande kommen können. Ein diesen Verfahren zugrunde liegender selbständiger Überprüfungszweck ist nicht anerkannt. Der Freiheitszweck im Strafverfahren erstrebt kein positives Ergebnis. Er erschöpft sich in der Nichtverwirklichung eines unbegründeten - Strafzweckes.

8. Die verschiedene Tendenz der Verfahrenszwecke

Aus dieser Wesensverschiedenheit der Verfahrenszwecke ergibt sich auch eine Verschiedenheit der Methode ihrer Verwirklichung (92). Die Verwirklichung des Strafzweckes bedeutet eine Veränderung des vorgegebenen Zustandes der Unbestraftheit in den der Bestrafung. Die Erreichung der Bestrafung als eigentliches Verfahrensergebnis ist ein positiver Vorgang.

Demgegenüber erstrebt die Verwirklichung des Freiheitszweckes kein eigenes Ergebnis i. S. einer Veränderung. Es soll nicht etwas anderes als die Bestrafung erreicht werden, es soll auch nicht etwas beseitigt werden (93), sondern es soll ganz einfach nichts erreicht werden, besser gesagt: etwas Bestimmtes, nämlich die Bestrafung, soll nicht erreicht werden. Ein Freispruch ist kein aliud gegenüber der Bestrafung, sondern lediglich deren Negativum, er ist nur eine Nichtbestrafung. Die Verwirklichung des Freiheitszweckes ist also ein negativer Vorgang.

Daraus erhellt, daß der Unterschied der Verwirklichung beider Zwecke nicht in ihrem Ziel zu suchen ist. Dies ist beiden Zwecken gleich, nämlich der Grenzpunkt zwischen beiden Bereichen, der formelle Strafanspruch. Auf die-

(92) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 4.

(93) Etwa ein Verdacht. Insbesondere wäre es irrig, die Beseitigung des Verdachtes als ein Ergebnis anzusehen, das unter dem Aspekt des Freiheitszweckes angestrebt werden würde. Der Verdacht hat keine selbständige Bedeutung im Strafverfahren. Er ist lediglich die Voraussetzung für verschiedene prozessuale Maßnahmen, insbesondere die Anklageerhebung. Soweit in Ausübung des Freiheitszweckes ein Verdacht ausgeräumt werden soll, ist dies nur ein Weg, um solche Maßnahmen zu vermeiden. Allein diese Maßnahmen selbst können eine Beeinträchtigung des Freiheitszweckes darstellen. Der Verdacht selbst wird als solcher durch die praesumptio boni viri ausgeräumt. Außerdem bietet das Strafverfahren keine geeigneten Institute, die die selbständige Beseitigung eines Verdachtes ermöglichen würden, etwa eine der negativen Feststellungsklage des Zivilprozesses entsprechende Einrichtung.

ses gemeinsame Ziel sind beide Zwecke gerichtet. Der entscheidende Unterschied liegt in der Art und Weise, wie dies geschieht, in der Tendenz auf dieses Ziel (94). Der Strafzweck ist auf dieses gemeinsame Ziel hin gerichtet, weil es noch nicht erreicht ist und weil das Verfahren nicht vor diesem Ziel stehenbleiben soll; er ist vorwärts orientiert, seine Methode ist fördernd, strebend. Demgegenüber hat der Freiheitszweck eine gegenläufige Tendenz. Er ist auf das Ziel hin gerichtet, weil es überschritten zu werden droht und weil das Verfahren nicht über dieses Ziel hinausgeführt werden soll. Er ist rückwärts orientiert, seine Methode ist hemmend, erhaltend. In den Fällen, wo ein Strafanspruch gänzlich fehlt, gelten diese Überlegungen ebenfalls: Hier ist das "Ziel" des Verfahrens mit dem Ausgangspunkt des Verfahrens identisch. Auf diesem Punkt, nämlich der Unbestraftheit, soll das Verfahren festgehalten werden. Beide Verfahrenszwecke sind auf dasselbe Ziel gerichtet, jedoch in gegenläufiger Tendenz (95).

9. Das Verhältnis zu den nicht anerkannten Interessen

Außer den anerkannten Verfahrenszwecken dürfen keine anderen Interessen verwirklicht werden. Dies würde einen Mißbrauch des Strafverfahrens bedeuten.

Eine doppelte Besonderheit ergibt sich hierbei für die beiden nicht als Zwecke anerkannten Interessen, die sich jedoch ebenfalls aus dem Spannungsfeld der Verfahrensaufgabe ableiten lassen: das Beeinträchtigungs- und das Strafvereitelungsinteresse. Diese beiden Interessen stehen in einem zwiefachen Bezug zu den Verfahrenszwecken. Einmal stehen sie in exklusivem Widerspruch zu jeweil einem Verfahrenszweck. Das Strafvereitelungsinteresse ist das Gegenteil des Strafzweckes, das Beeinträchtigungsinteresse das Gegenteil des Freiheitszweckes. Infolgedessen kann sich die Rechtsordnung nicht darauf beschränken, diese Interessen nur nicht zu verwirklichen, sondern es muß ihre Verwirk-

(94) Vgl. VON HOLTZENDORFF, zitiert bei PFENNINGER, Verteidigung, 179.

(95) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 3; HENKEL, DJZ 1935, 531, der allerdings mißverständlich von einer Gleichrichtung der Verfahrenskräfte spricht. Die gegenläufige Tendenz ist auch der richtige Kern des ULLMANNschen, 27, Gedankens vom "Gegensatz der Interessen"; vgl. weiter SAX, 988, der von einem "reziproken Wirkverhältnis" spricht.

lichung, wann und von wem auch immer sie gleichwohl erfolgen mag, verhindern (96). (Demgegenüber bedeutet es keine Beeinträchtigung der Verfahrenszwecke, wenn z.B. das Ermittlungsinteresse an einem bestimmten Sachverhalt in einem Maße, wie es nicht durch die Verfahrensaufgabe geboten ist, betrieben wird.) Die Verwirklichung eines Verfahrenszweckes bedeutet deshalb immer auch die Hinderung des jeweils entgegengesetzten, nicht anerkannten Interesses.

Zum andern birgt aber gerade das Verfahren selbst in sich den Keim zur Verwirklichung dieser nicht anerkannten Interessen, weil sie nämlich die psychologisch konsequente Fortsetzung der Verfahrenszwecke bilden. Die Tendenz des Beeinträchtigungsinteresses ist dieselbe wie die des Strafzweckes, die Tendenz des Strafvereitelungsinteresses dieselbe wie die des Freiheitszweckes. Der Unterschied ist jeweils der, daß diese gemeinsame Tendenz nur im Bereich der anerkannten Zwecke auf das Ziel des Verfahrens gerichtet ist, während sie im Bereich der nicht anerkannten Interessen über dieses Ziel hinauschießt. Es besteht also zwischen den beiden Verfahrenszwecken und den genannten unzulässigen Interessen ein Überkreuzungsverhältnis. Der Schnittpunkt dieser beiden Richtungslinien ist jeweils auch die Trennung zwischen Verfahrenszweck und unzulässigem Interesse. Dieser Schnittpunkt ist der formelle Strafanspruch. Bis zu diesem Punkt ist die Bestrafung vom Strafzweck gedeckt, sie ist zulässige Verfolgung; darüber hinaus ist sie unzulässige Beeinträchtigung, ist Angriff (97). Und in umgekehrter Richtung ist bis zu diesem Punkt die Nichtbestrafung Verwirklichung des Freiheitszweckes, ist Verteidigung (98); darüber hinaus ist es unzulässige Verhinderung des Strafanspruches, ist Strafvereitelung (99). Aufgrund der den Zwecken innewohnen-

(96) Es ist daher der Meinung ZU DOHNAs, 68, nicht zuzustimmen, der die Verteidigung eines Schuldigen eine würdige Aufgabe nennt. Dies trifft nur für den nicht überführbar Schuldigen zu.

(97) Der Unterschied zwischen Verfolgung und Angriff wird nicht gesehen z.B. bei VON KRIES, 481; vgl. dazu VON LLIENTHAL, DJZ 1914, 29.

(98) Vgl. BENNECKE-BELING, 135.

(99) Insofern geht PFENNINGER, Verteidigung, 163, zu weit, wenn er auch die Abwehr des berechtigten Angriffs (d.i. also die Verfolgung) unter die Verteidigung faßt; ebenso VON LISZT, DJZ 1901, 180; MEHLICH, 28; VARGHA, 279; auch H.MAYER, GerS 104, 325, nennt dies fälschlich "Verteidigungsinteresse"; dagegen zutreffend BENNECKE-BELING, 135.

den Tendenz besteht jedoch die Gefahr, daß der gemeinsame Grenzpunkt jeweils überschritten wird und daß in Verfolgung eines Zweckes dann ein unzulässiges Interesse verwirklicht wird, daß also die Strafverfolgung sich unter der Hand in einen Angriff auf die Freiheit des Beschuldigten verkehrt und daß umgekehrt die Verteidigung zur Strafvereitelung wird. Diese Gefahr der Zwecküberschreitung ist bei der Gestaltung des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Sie ist unabhängig von der Möglichkeit der bewußten, mißbräuchlichen Verwirklichung der nicht anerkannten Interessen gegeben. Vielmehr liegt sie im Wesen des Strafprozesses begründet.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Auf der Grundlage des Wesens der Verfahrenszwecke stellt sich die Verfahrensaufgabe in differenzierter Form:

1. Der Strafzweck wird verwirklicht durch
 - a) Verfolgung und Bestrafung auf der Grundlage der Ermittlung und
 - b) Verhinderung der Strafvereitelung.
2. Der Freiheitszweck wird verwirklicht lediglich durch Verteidigung gegen einen Angriff als Verhinderung einer unzulässigen Bestrafung (100).

10. Zusammenfassung

Im Verhältnis der einzelnen Zweckbereiche besteht keinerlei Vorrang. Der Ermittlungszweck ist unselbständiger Teil des Strafzweckes. Die beiden selbständigen Verfahrenszwecke sind ranggleich. Sie stehen zueinander im Verhältnis alternativer Korrespondenz, d.h. im Einzelfall können niemals beide zugleich, immer aber muß ein Zweck verwirklicht werden. Die Grenze bildet der formelle Strafanspruch. Beide Zwecke sind in gegenläufiger Tendenz auf dieses Ziel gerichtet. Als eigentliches Verfahrensergebnis wird dieses Ziel nur vom Strafzweck angestrebt. Daneben verlangt dieser Zweck auch die Verhinderung des ihm widersprechenden Strafvereitelungsinteresses. Demgegenüber erschöpft sich der Freiheitszweck in der Verhinderung einer unzulässigen Beeinträchtigung. Ein eigentliches Verfahrensergebnis erstrebt dieser Zweck nicht.

(100) A.A., jedoch ohne nähere Begründung, LÜTTGER, NJW 1951, 747, der u.U. auch den aktiven Angriff zur Verteidigung rechnet.

IV. DIE FUNKTIONEN DES STRAFVERFAHRENS

A. DIE FUNKTIONENMEHRHEIT ALS FOLGE DER ZWECKMEHRHEIT

Die Frage nach den Funktionen im Strafverfahren ist identisch mit der Frage, wer die anerkannten Zwecke verwirklicht, wie die als erreichbar dargestellten Verfahrensziele nun auch tatsächlich erreicht werden (101). Gemeinhin werden die Anklage-, die Verteidigungs- und die Urteilsfunktion unterschieden (102). Diese Dreiteilung könnte der Dreiheit der Verfahrenszwecke entsprechen. Dies bedarf jedoch näherer Darlegung.

1. Die Primärfunktionen

Zunächst ist die Frage dahin zu präzisieren, ob die Mehrzahl der Zwecke auch eine Mehrzahl von Funktionen erfordert. Dies scheint aus logischen Gründen nur teilweise der Fall zu sein. Verschiedene Funktionen ergeben sich zwingend nur innerhalb des Primärzweckes aus der Verschiedenheit zwischen dessen selbständigem und unselbständigem Teil: Bestrafung und Ermittlung bewegen sich auf verschiedenen Ebenen, nämlich der der Tatsachenfeststellung und der der Rechtsanwendung. Aus dieser Verschiedenheit ergibt sich neben der Straffunktion eine eigene, am unselbständigen Ermittlungszweck orientierte Ermittlungsfunktion.

Allerdings steht diese Ermittlungsfunktion in völliger Abhängigkeit von der Straffunktion gemäß der inneren Struktur der hinter diesen Funktionen stehenden Zwecke. Es ist eine unselbständige Funktion, gleichsam die Erscheinungsform der Strafffunktion auf der Ebene des Tatsächlichen und daher Bestandteil dieser Funktion. Es kann deshalb bei der Betrachtung von der Strafffunktion als der Primärfunktion des Verfahrens ausgegangen werden, der als unselbständiger Teil die Ermittlungsfunktion untergeordnet ist.

2. Die Sekundärfunktion

Der Freiheitszweck scheint keine eigene Funktion zu verlangen, da er auch durch eine am Strafzweck ausgerichtete Funktion wahrgenommen werden kann, soweit diese nämlich auf die Verwirklichung des Strafzweckes hinausläuft. Durch eine solchermaßen umgrenzte Strafffunktion wäre beiden Zwek-

(101) Vgl. oben Kap. II 2 a. E.

(102) Vgl. HAUG, 2; ebenso VARGHA, 298.

ken Genüge getan, da der Strafzweck nur fordert, daß nicht weniger, der Freiheitszweck, daß nicht mehr als die Verwirklichung des Strafanspruches erstrebt werde. Diese Überlegung wird gestützt durch den Hinweis, daß beide Zwecke im Verhältnis des Primärzweckes zum Sekundärzweck stehen, daß der Freiheitszweck nur das negative Pendant des Strafzweckes ist (103) (104).

3. Die Selbständigkeit der Sekundärfunktion

Diese Argumentation ist jedoch irrig, weil sie sich noch gar nicht im Bereich des Freiheitszweckes bewegt. Damit wird nur ausgedrückt, daß eine am Strafzweck orientierte Funktion den Freiheitszweck nicht beeinträchtigt. Dies folgt aus dem Alternativverhältnis beider Zwecke, wie es oben (105) dargelegt worden ist. Eine Wahrnehmung des Freiheitszweckes bedeutet dies jedoch noch nicht. Das Wirksamwerden des Freiheitszweckes setzt begrifflich voraus, daß die Verwirklichung des Strafzweckes dessen Bereich - unzulässigerweise - überschreitet, daß sich die Straffunktion also unter der Hand in dem ihr nicht gebührenden Bereich der Beeinträchtigung wiederfindet. Der Freiheitszweck tritt erst dort in Geltung, wo ein Strafanspruch verfolgt wird, der nicht gegeben ist, wo sich die Verfolgung in einen Angriff verkehrt (106). In diesen Fällen arbeitet die Straffunktion, die jetzt nicht mehr vom Strafzweck gedeckt wird, dem Freiheitszweck entgegen, er wird von ihr nicht wahrgenommen.

Der Hinweis auf die zureichende Verwirklichung des Freiheitszweckes durch die Straffunktion bedeutet also nur, daß eine richtigerweise am Strafzweck orientierte Handhabung dieser Funktion den Freiheitszweck dann nicht verletzt, wenn sie den Bereich des Strafzweckes nicht überschreitet und so eine Wahrnehmung dieses Zweckes durch eine eigene Funktion überflüssig macht.

(103) So z.B. VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29, der darauf hinweist, daß mit der Verurteilung Schuldiger auch die Freisprechung Unschuldiger verfolgt werde; vgl. auch LUKANOW, 21, der meint, der Richter könne auch ohne Verteidiger dem Beschuldigten gerecht werden; vgl. auch H.MAYER, GerS 104, 327 f., wo von der "Reflexwirkung" der Tätigkeit der Straforgane gesprochen wird; vgl. auch GOLDSCHMIDT, Reform, 20.

(104) Damit ist ausgedrückt, daß logische Überlegungen einer inquisitorischen Gestaltung des Verfahrens, bei der sämtliche Funktionen von einer Person wahrgenommen werden, nicht entgegenstehen.

(105) Vgl. Kap. III 4.

(106) Vgl. JOHN, 960.

Dabei wird jedoch übersehen, daß der Freiheitszweck erst dann in Geltung tritt, wenn er gerade durch die Straffunktion verletzt wird, wenn diese Funktion zwar im Blick auf den Strafzweck, in der Wirkung jedoch auf das Beeinträchtigungsinteresse ausgerichtet ist. Weil aber die Betätigung des Freiheitszweckes gegen die unzulässigerweise ausgeübte Straffunktion ausgerichtet ist, kann dieser Zweck gar nicht von dieser Funktion wahrgenommen werden (107). Sie müßte sich in diesem Falle mit sich selbst in Widerspruch setzen, müßte zugleich (in der Meinung des Strafzweckes) das Beeinträchtigungsinteresse und den gegensätzlichen Freiheitszweck erreichen. Das ist nicht möglich (108).

Die Beeinträchtigung des Freiheitszweckes durch die Straffunktion ist in einem Teilbereich dieses Zweckes besonders naheliegend. Dort nämlich, wo zwar ein materieller, nicht aber ein formeller Strafanspruch gegeben ist, ein Schuldiger also nicht überführbar ist. Fraglos darf dieser nicht Überführbare nicht bestraft werden. Aus der Eigenart der Verwirklichung des Strafzweckes als eines positiven Vorganges (109) und aus dessen vorwärtsorientierter Tendenz folgt jedoch, daß der die Straffunktion Wahrnehmende immer bestrebt sein wird, einen nicht hinreichenden Verdacht zur Überführung zu erhärten (110). Dieses Bestreben läuft aber dem Freiheitszweck zuwider, der ja gerade verlangt, daß ein wenn auch starker, jedoch nicht hinreichender Verdacht nicht als Überführung genommen wird. In diesem Bereich entstehen also psychologisch-praktische Gegensätze (111). Man kann nicht gleichzeitig einen Verdächtigen für überführt halten und an seiner Überführung zweifeln (112). Aus diesen praktischen Gründen können der Strafzweck und der Freiheitszweck nicht von derselben Funktion angestrebt werden. Es sind verschiedene Funktionen erforderlich, diese sind unvereinbar (113).

(107) Vgl. LUKANOW, 22; PFENNINGER, Verteidigung, 170.

(108) Vgl. VON DER GOLTZ, DStR 1935, 269.

(109) Vgl. oben Kap. III 8.

(110) Vgl. oben Kap. II 5c und HAERLAND, 17; GOLDSCHMIDT, Reform, 20; VARGHA, 395.

(111) Vgl. PFENNINGER, Verteidigung, 168; ebenso VON STACKELBERG, AnwBl 1959, 198; vgl. auch MITTERMAIER, 78; SAX, 988.

(112) Vgl. Eb. SCHMIDT, Iustitia, 89.

(113) Vgl. VARGHA, 298; WACH, Struktur, 27; ULLMANN, 33, der den Gedanken, "daß der nach materieller Wahrheit strebende Inquirent den ... beiderseitigen Interessen, des Staates und des Beschuldigten, gleichmäßig gerecht werden könnte", zutreffend eine Selbsttäuschung nennt.

Der solchermaßen aufgezeigten Gefahr, daß die Straffunktion zweckentfremdet wird, kann auch nicht durch eine besondere Gestaltung dieser Funktion gesteuert werden. Es bedeutet zwar eine gewisse Abmilderung, wenn die Straffunktion in Anklage- und Urteilsfunktion untergeteilt wird. Dadurch wird die tendenzbelastete Tätigkeit der Strafverfolgung hauptsächlich in die Anklagefunktion verlagert; in der Urteilsfunktion wird diese vorwärtsstrebende Tendenz dann in etwa abgefangen. Gleichwohl bietet diese Unterteilung keine ausreichende Garantie, daß tatsächlich die Straffunktion in toto die ihr zugewiesenen Grenzen des Strafzweckes nicht überschreitet. Eine Korrektur der etwa durch die Anklage begangenen Fehler ist nur bedingt möglich, weil zwischen beiden Unterfunktionen nur eine Begegnung erfolgt, bei der lediglich das Ergebnis der Anklagetätigkeit, nicht aber dessen Zustandekommen in Erscheinung tritt, so daß die dabei etwa begangenen Fehler nicht erkannt werden können. Außerdem steht die Urteilsfunktion in einer gewissen Abhängigkeit von der Anklagefunktion, soweit diese jene vorbereitet und sie dadurch beeinflusst (114). Schließlich unterliegt auch noch die Urteilsfunktion selbst den gleichen Bedenken des Irrtums, der Unzulänglichkeit menschlichen Erkennens und zu einem gewissen Grade auch der psychologischen Besonderheit der Straffunktion, weil ja gerade durch das Urteil der Beschuldigte in den Zustand der Bestrafung versetzt wird. Es folgt demnach aus praktischen Überlegungen die Forderung nach einer eigenen, allein am Freiheitszweck orientierten Verfahrensfunktion.

4. Die Zweckgebundenheit der Funktionen und ihr Verhältnis zueinander

Mit der Kennzeichnung der Anklage- und der Urteilsfunktion als Unterarten der Straffunktion ist bereits etwas Bedeutsames angedeutet: Es gibt keine außerhalb der Verfahrenszwecke stehenden oder ihnen vorgeordnete Funktionen. Auch die Urteilsfunktion ist keine solche. Es wäre irrig, wollte man in ihr die Verwirklichung eines Schlichtungszweckes sehen, gleichsam als ob hier zwischen dem Strafzweck und dem Freiheitszweck entschieden würde. Ein solcher Schlichtungszweck ist nicht anerkannt, das Strafverfahren ist kein Entscheidungsverfahren (115). Auch die Urteilsfunktion ist ausschließlich am Strafzweck orientiert, da sie nämlich die Bestrafung endgültig verwirklicht. Infolgedessen steht die Urteilsfunktion auch nicht etwa über der Straffunktion

(114) Vgl. unten Kap. V 3, besonders Anm.162.

(115) Vgl. oben Kap. III 7 a.E.

(in Form der Anklage) und der Funktion des Freiheitszweckes (in Form der Verteidigung) (116). Durch eine solche Auffassung würde die Funktion des Freiheitszweckes unzulässigerweise auf einen Teilbereich dieses Zweckes beschränkt werden in dem Sinne, als nämlich eine Beeinträchtigung nur durch die Anklagefunktion erfolgt. Der Freiheitszweck wirkt aber auch dort, wo solche Beeinträchtigungen von der Urteilsfunktion ausgehen. Deshalb steht die Funktion des Freiheitszweckes gleichermaßen beiden Funktionen, der Anklage- und der Urteilsfunktion als den Erscheinungsformen der einen Straffunktion gegenüber. Infolgedessen ist die eingangs erwähnte Aufzählung der Verfahrensfunktionen von HAUG (117) als Verteidigungs-, Anklage- und Urteilsfunktion nicht ganz korrekt, zumindest irreführend. Zudem ist dabei die am Ermittlungszweck ausgerichtete Ermittlungsfunktion nicht erwähnt.

5. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten: Das Strafverfahren erfordert zur Verwirklichung seiner Aufgabe gemäß den sich aus dieser Aufgabe ergebenden Zwecken folgende Funktionen:

- a) Als selbständige Primärfunktion die Straffunktion mit der ihr untergeordneten unselbständigen Ermittlungsfunktion; die Straffunktion ist untergeteilt in Anklage- und Urteilsfunktion.
- b) Als selbständige Sekundärfunktion die auf den Freiheitszweck bezogene Verteidigungsfunktion.

B. DIE FUNKTIONENVERTEILUNG AUF VERSCHIEDENE TRÄGER

Mit der Feststellung dieser an den Zwecken orientierten Verfahrensfunktionen ist die Frage nach der Funktionenverteilung nur teilweise beantwortet. Es ist damit nur ausgesprochen, daß diese Funktionen wahrgenommen werden müssen, sollen die Zwecke und damit die Aufgabe des Verfahrens verwirklicht werden. Nicht gesagt ist damit, wer die einzelnen Funktionen wahrnimmt und in welcher Form dies geschieht.

(116) wie dies in dem bei GÜDE, DRiZ 1959, 130, angeführten Zitat CALAMANDREI's anklingt.

(117) A.a.O., 2.

1. Funktionenkombinationen

Durch die Kennzeichnung der Anklage- und Urteilsfunktion als Unterarten der Straffunktion ist bereits ausgesagt, daß eine Funktion aufgespalten und auf mehrere Träger verteilt werden kann. Zu erwägen ist auch die Möglichkeit, daß ein Träger mehrere Funktionen oder Teile mehrerer Funktionen auf sich vereinigen kann. Daraus können sich in der Person eines Trägers Funktionenkombinationen ergeben.

2. Die Funktionenverteilung aus Zweckmäßigkeitsgründen

Bei der Entscheidung über die Verteilung der Funktionen wird die Rechtsordnung zunächst von Zweckmäßigkeitsrücksichten auszugehen haben, inwieweit und in welcher Form nämlich eine solche Funktionenverteilung geboten ist, um die dahinterstehenden Zwecke zu realisieren. Solche Gründe sind z.B. maßgebend für die Aufspaltung der Straffunktion in Anklage- und Urteilsfunktion, sind maßgebend für die Übertragung der Urteilsfunktion auf einen unabhängigen, nur dem Gesetz verpflichteten Träger, nämlich den Richter, um nur zwei Beispiele herauszugreifen.

Außerdem sind die Funktionen so zu gestalten, daß die den Verfahrenszwecken entgegenstehenden Interessen, also das Beeinträchtigungs- und das Strafvereitelungsinteresse nicht verwirklicht werden, daß also ein Mißbrauch der Funktionen ausgeschlossen ist.

3. Die notwendigen Beteiligten des Strafverfahrens

Auf diese sachlogischen Zweckmäßigkeiten allein kann jedoch die Entscheidung der Rechtsordnung nicht gegründet werden. Es muß darüber hinaus eine Vorgegebenheit berücksichtigt werden, die in der Natur der Sache dadurch enthalten ist, daß es sich bei der Aufgabe des Strafverfahrens um die Bestrafung eines schuldigen Menschen handelt. Gegenstand dieser Aufgabe ist der Strafanspruch des Staates gegen den einzelnen. Daraus folgt eine gewisse Gebundenheit an den Staat und den Beschuldigten, als den beiden Beteiligten des in Frage stehenden Strafanspruches. Die Betrachtung muß deshalb auch darauf ausgedehnt werden, welche Konsequenzen für die Funktionenverteilung sich aus dieser Personengebundenheit ergeben, insbesondere welche Pflichten für die Beteiligten aus der Verfahrensaufgabe gefolgert werden. Die Frage der Funktionenverteilung auf die verschiedenen Träger hat damit einen doppelten

Ausgangspunkt: Einmal die notwendigen Funktionen, die im Verfahren wahrgenommen werden müssen, zum anderen die notwendigen Beteiligten, die mit Funktionen ausgestattet werden müssen.

Der erste Teil der Frage ist gleichsam die objektive Seite des Problems. Die Verwirklichung der Verfahrensaufgabe und der hieraus abgeleiteten Zwecke ergibt verschiedene Funktionen. Diese müssen gegebenenfalls auf verschiedene Träger verteilt werden, damit sie ordnungsgemäß ausgeübt werden können. Hierher gehört beispielsweise das Problem, ob der Strafzweck durch eine inquisitorische Funktion wahrgenommen werden kann oder ob diese in Urteils- und Anklagefunktion zerteilt werden muß.

Der zweite, personenbezogene Teil der Frage erweist sich gleichsam als deren subjektiver Aspekt. Staat und Beschuldigter sind Träger bzw. Gegner des staatlichen Strafanspruches und damit über die Interessen, die auch den anerkannten Verfahrenszwecken zugrunde liegen, verbunden. Eine Konsequenz dieser Anerkennung ist es, daß die Beteiligten ihre in den Verfahrenszwecken enthaltenen Interessen verwirklichen können. Deshalb müssen die notwendigen Beteiligten mit Funktionen ausgestattet werden.

4. Der Staat als Träger des Strafanspruches

Aus der Tatsache, daß der Staat Träger des Strafanspruches ist, folgt, daß dieser auch nur vom Staat ausgeübt werden darf, daß also die Straffunktion (zumindest in Form der Urteilsfunktion, durch die die Bestrafung endgültig verwirklicht wird), nur dem Staat selbst zukommt. Der Strafanspruch ist Ausfluß der staatlichen Strafgewalt. Es ist nicht möglich, daß diese Hoheitsfunktion auf einen anderen, nicht hoheitlichen Träger übertragen werden kann (deshalb ist z.B. auch das Privatklageverfahren nur vor einem staatlichen Gericht möglich im Gegensatz zum Schiedsverfahren des Zivilprozesses).

5. Der Beschuldigte als Gegner des Strafanspruches

Andererseits folgt aus der Tatsache, daß sich der Strafanspruch gegen den einzelnen richtet, daß die Personalität des einzelnen nicht außer Betracht bleiben darf. Es ist nicht möglich, den Beschuldigten als Verfahrensobjekt zu behandeln, an dem der staatliche Strafanspruch vollzogen würde (118).

(118) Die diesbezügliche Meinung SIEGERTs, ZStW 54, 23, läßt die Personalität des Beschuldigten außer Betracht.

Die Figur des inquisitus widerspricht der Personhaftigkeit des Beschuldigten. Entsprechend dem persönlichen Schuldvorwurf, der im Strafanspruch gegen den Beschuldigten erhoben wird, muß sich auch das Verfahren selbst gegen den Beschuldigten als Person richten, er muß am Strafverfahren als Subjekt beteiligt sein (119). Aus dem Spannungsfeld der Verfahrensaufgabe leitet auch der Beschuldigte Interessen ab. Soweit diese in den Verfahrenszwecken anerkannt sind, muß der Beschuldigte Gelegenheit haben, an ihrer Verwirklichung mitzuwirken. Die Forderung nach Anerkennung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt folgt auch aus Art.1 Abs.I GG, weil "es gegen die Menschenwürde verstößt, wenn der Mensch zum Objekt eines staatlichen Verfahrens gemacht wird" (120). Außerdem ergibt sich diese Forderung aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, wie er in Art.103 Abs.I GG seinen Niederschlag gefunden hat.

6. Das Strafverfahren als Parteiprozeß

Mit der Rückführung der Funktionen auf die Interessen der Beteiligten ist grundsätzlich aufgezeigt, in welcher Form deren Einschaltung zu erfolgen hat. Die Beteiligten müssen in der Lage sein, alle ihre in den Verfahrenszwecken anerkannten Interessen zu verwirklichen. Oben (121) wurde dargelegt, daß sämtliche Verfahrenszwecke sowohl vom Interesse des Staates getragen werden als auch von den Interessen des Beschuldigten getragen werden können. Dies gilt insbesondere auch für das Interesse des Beschuldigten am Strafzweck i.S. des Sühneinteresses. Es ist deshalb nicht zulässig, die beiden Beteiligten zu Parteien des Verfahrens zu machen und dann jeder dieser Parteien einen Teil der Verfahrenszwecke zur Wahrnehmung zuzuweisen (122). Aus der Notwendigkeit, Staat und Beschuldigten am Verfahren zu beteiligen, ergibt sich lediglich, daß sie als Verfahrenssubjekte zu behandeln sind. Damit sind sie noch nicht Partei (123). Die Zweiteilung der selbständigen Verfahrens-

(119) Vgl. KLEINKNECHT, Beil.z.BAnz 139, 2; BELING, 87; ULLMANN, 236; STOCK, Festschr.f.Mezger, 437 und bes. 435, wo zutreffend darauf hingewiesen ist, daß nur die Persönlichkeitsachtung während des Verfahrens die Sühneleistung des Verurteilten ermöglicht.

(120) So MAUNZ-DÜRIG, Art.1, RNr.34; vgl. auch SAX, 971; Bonner Kommentar, Art.1, Anm.II 2 b.

(121) Vgl. Kap. II 5.

(122) Vgl. DAHM, ZStW 52, 600; HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 204.

(123) Vgl. HENKEL, DJZ 1935, 534; irrig ist daher die Meinung BENDIX',

zwecke in den Straf- und den Freiheitszweck als Primär- und Sekundärzweck entspricht nicht der Zweiheit der Verfahrenssubjekte, nämlich des Staates und des Beschuldigten (124). Dieser Irrtum liegt der Lehre vom strengen Parteiprozeß zugrunde, die dem Staat nur den Strafzweck, dem Beschuldigten nur den Freiheitszweck zuordnen wollte (125). Dabei wird jedoch übersehen, daß einerseits auch ein staatliches Interesse im Freiheitszweck, andererseits auch ein mögliches Interesse des Beschuldigten im Strafzweck (126) anerkannt ist. Durch die einseitige Zuweisung nur eines Zweckes an eine Partei wird jeweils ein Teil der Interessen dieses Beteiligten nicht gebührend berücksichtigt (127). Im Streit um den Parteiprozeß hat vor allem VON HIPPEL kritisch Stellung genommen (128). VON HIPPEL selbst bejaht den Parteiprozeß für das Strafverfahren, wobei er von der prozessualen Betrachtungsweise ausgeht und richtig unter Bezugnahme auf das materielle Verhältnis, nämlich den Strafanspruch des Staates, um dessen Verwirklichung es im Prozeß geht, den Staat bzw. den Beschuldigten als Träger bzw. Gegner dieses Anspruches qualifiziert (129), so daß sie als "Parteien" zu behandeln sind. Dem stimmen wir zu, soweit damit gemeint ist, daß beide, Staat und Beschuldigter, als Verfahrenssubjekte zu behandeln sind. Dieses Argument der Trägerschaft bzw. Gegnerschaft des staatlichen Strafanspruches ist auch die wesentliche Begründung VON HIPPELS für die Notwendigkeit des Parteiprozesses (130).

Die weitere Forderung VON HIPPELS, daß sich aus der solchermaßen aufge-

JW 1920, 268, der aus der Gleichstellung der Verfahrenssubjekte den reinen Parteiprozeß ableiten will; vgl. auch VON LISZT, DJZ 1901, 179; ROSENFELD, 84.

(124) So richtig HAUG, 4; vgl. auch HENKEL, DJZ 1935, 531.

(125) Vgl. ALEXANDER, ZStW 51, 59; GÜDE, DRiZ 1959, 130; VON LISZT, DJZ 1901, 180; WACH, Struktur, 8; GOLDSCHMIDT, Reform, 19.

(126) Vgl. HENKEL, DJZ 1935, 535.

(127) Vgl. GALLAS, ZStW 58, 631, der die einseitige Zuweisung der Partie-rolle an die Staatsanwaltschaft als mit deren Würde unvereinbar bezeichnet. Dabei ist allerdings auch das Beeinträchtigungsinteresse mit einbezogen.

(128) Vgl. VON HIPPEL, Strafprozeß, 7 und besonders 224 ff.

(129) Vgl. a.a.O., 228 und 230.

(130) Vgl. vor allem a.a.O., 231, wo er es ein sachliches Bedürfnis nennt, einen Ausdruck dafür zu finden, "daß Kläger und Beklagter unter einen gemeinsamen höheren Begriff fallen".

zeigten und begründeten Parteistellung auch "eine Gleichstellung der Rechte beider Parteien" (131) ableiten würde (welche Forderung das eigentliche Wesen des Parteiprozesses ausmacht), hält einer näheren Nachprüfung nicht stand. Es wird dabei übersehen, daß die Verfahrensstellung der Parteien nicht mit ihrer Trägerschaft bzw. Gegnerschaft des materiellen Strafanspruches identisch ist. Die VON HIPPELSche Formulierung: Die Parteien stehen als Kläger und Beklagter vor Gericht, "von denen jeder seinen Rechtsstandpunkt vertritt" (132), drängt die Verfahrensbeteiligten in eine angeblich vorgegebene und scheinbar verfahrensgemäße Gegensätzlichkeit, die der umfassenden Interessensituation der beiden Parteien, insbesondere ihrer differenzierten Beziehung auf die Verfahrenszwecke, nicht entspricht. Die Aufgabe des Staates wird fälschlicherweise nur in der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches gesehen (133); dabei bleibt das staatliche Interesse am Freiheitszweck unberücksichtigt. Vom Beschuldigten wird gesagt, daß er "regelmäßig (!) den Standpunkt der Verteidigung gegenüber dem gegen ihn geltend gemachten Anspruch einnimmt" (134). Dabei ist übersehen, daß die Stellung des Beschuldigten nicht ausschließlich am Freiheitszweck orientiert ist (dieser Gedanke mag in dem Wort "regelmäßig" der zitierten Formulierung angedeutet sein; darin zeigt sich eine gewisse Inkonsequenz der VON HIPPELSchen Argumentation). Die Zuweisung des Freiheitszweckes an den Beschuldigten als Partei ist aber vor allem darum nicht möglich, weil dieser Zweck auch insoweit anerkannt ist, als er nicht vom entsprechenden Interesse des Beschuldigten getragen wird. Dieses Interesse ist Ausfluß des Freiheitswillens des Beschuldigten. Im Einzelfall kann er darauf verzichten (135). Im staatlichen Interesse ist der Freiheitszweck jedoch immer zu verwirklichen.

Die Funktionen der Beteiligten sind deshalb so zu gestalten, daß sie die Zwecke, soweit diese ihre Interessen enthalten, erreichen können (136).

(131) a. a. O., 232.

(132) a. a. O., 228.

(133) Vgl. a. a. O., 229.

(134) a. a. O., 7.

(135) Vgl. PFENNINGER, Verteidigung, 173.

(136) Vgl. auch Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd. I, RNr. 105, wo das Problem des Parteiprozesses ein "Scheinproblem" genannt wird. Der bei BINDING, Abhandlungen, 210, gebrauchte Parteibegriff deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung. Praktisch ist damit das Verfahrenssubjekt gemeint.

7. Der Grundsatz der sog. Waffengleichheit

Für die Ausgestaltung der beiden festgestellten selbständigen Prozeßfunktionen ist gefordert worden (137), daß sie unter dem Grundsatz der sog. Waffengleichheit stehen müßten im Sinne einer "formalen Gleichheit der prozessualen Rechte und Pflichten" (138). Dies hätte aber zur Voraussetzung, daß die hinter den Funktionen stehenden Zwecke im Gegensatz stünden, daß sich die Verwirklichung des einen nur unter Ausschluß der Verwirklichung des andern vornehmen ließe. Das Strafverfahren müßte ein Kampfverfahren (139) sein, bei dem sich jeweils nur eine Funktion durchsetzen könnte.

Tatsächlich besteht dieses Verhältnis jedoch nicht. Zwischen dem Strafzweck und dem Freiheitszweck besteht kein Widerspruch, beide korrespondieren einander (140), es gibt keinen Bereich, in dem beide Zwecke sich überlagern. Die Grenzlinie ist der formelle Strafanspruch, durch dessen Verwirklichung beiden Zwecken Genüge getan wird. Ein Gegensatz ist nur möglich zwischen den Verfahrenszwecken und den nicht anerkannten Interessen, also einmal zwischen dem Strafzweck und dem Strafvereitelungsinteresse oder zwischen dem Freiheitszweck und dem Beeinträchtigungsinteresse. An diesen nicht anerkannten Interessen dürfen die Funktionen jedoch nicht ausgerichtet werden (141). Der Forderung nach Waffengleichheit liegt insoweit ein entsprechender Irrtum zugrunde, als dabei vorausgesetzt wird, daß entweder auch die berechtigte Strafe verhindert (142) oder aber auch die unberechtigte Strafe herbeigeführt werden dürfe (143). Beides ist jedoch nicht zulässig. Insbe-

(137) Vgl. BELING, 137; BENNECKE-BELING, 112; GALLAS, ZStW 58, 631; VON HOLTZENDORFF, 392; KAHL, JW 1920, 260; WACH, Struktur, 8; GÜDE, AnwBl 1961, 3; VON BOMHARD, Recht 1905, 671; ROSENBERG, 327.

(138) WACH, Struktur, 8.

(139) GOLDSCHMIDT, Reform, 5, verlangt die Ausgestaltung des Strafverfahrens als Parteikampf; VARGHA, 593, spricht von einem "redlichen Streit"; vgl. auch WOLF, ZAkDR 1937, 178.

(140) Vgl. DAHM, ZStW 52, 589; GÜDE, AnwBl 1961, 3; HENKEL, DJZ 1935, 531.

(141) Dies geschieht ausgesprochenermaßen z.B. bei VON BOMHARD, Recht 1905, 671, der die Waffen der Verteidigung an der Strafvereitelung mißt.

(142) Vgl. WOLF, ZAkDR 1937, 178.

(143) Auf diese Konsequenz weist DAHM, ZStW 52, 591, hin; kritisch auch LUKANOW, 27, der die Waffengleichheit mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit für unvereinbar hält; vgl. auch SCHLOSKY, DRiZ 1929, 294.

sondere, soweit aus dem Grundsatz der Waffengleichheit eine stärkere Ausgestaltung der Verteidigungsfunktion abgeleitet werden soll, wird dabei fälschlicherweise vorausgesetzt, daß in dem Bereich der nicht beweisbaren Strafbarkeit, also dort, wo einem materiellen Strafanspruch kein formeller entspricht, ein Kampf zwischen den beiden Verfahrensfunktionen stattfinden könnte. Dieser Bereich gehört aber ganz eindeutig zum Freiheitszweck. Eine Bestrafung ist insoweit nicht zulässig.

Das Strafverfahren dient nur zur Verwirklichung der beiden Verfahrenszwecke als den anerkannten Interessen. Zwischen diesen, dem Strafzweck und dem Freiheitszweck, ist ein konkreter Gegensatz nicht möglich (144). Beide sind auf das nämliche Ziel, auf die Realisierung des formellen Strafanspruches, gerichtet, wenn auch von verschiedenen Seiten aus (145).

Aus dieser theoretischen Problemstellung des Strafverfahrens folgt, daß die beiden Verfahrensfunktionen sich nicht widersprechend gegenüberstehen können und daß infolgedessen eine Kampfsituation dieser beiden Funktionen, wie sie die Voraussetzung der Waffengleichheit wäre, nicht möglich ist.

Gegen diese Erkenntnis scheinen die praktischen Gegebenheiten des Strafverfahrens zu sprechen. Insbesondere weil der Beschuldigte selbst am tatsächlichen Geschehen beteiligt war, welches den Gegenstand der Untersuchung bildet, erscheint am ehesten er in der Lage, an der Aufklärung des wahren Sachverhaltes mitzuwirken und so das eigentliche Verfahrensziel zu erreichen. Infolgedessen könnte es geboten erscheinen, dem Beschuldigten auch die Möglichkeit zu eröffnen, an dieser Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, m.a.W. die Forderung nach Waffengleichheit für den Beschuldigten zu erheben. Diese Argumentation würde aber voraussetzen, daß der Beschuldigte gehalten ist, an der Sachaufklärung mitzuwirken, daß er also notwendigerweise in einer Kampfstellung gegenüber der Strafverfolgungsbehörde steht. Dies wird von GOLDSCHMIDT (146) angenommen, der von der "Pflicht (des

(144) So richtig ZU DOHNA, 68; a.A. allerdings GÜDE, AnwBl 1961, 3, der von einer "vorgegebenen Gegensätzlichkeit" der Interessen spricht, obwohl er unmittelbar vorher sie als korrespondierend bezeichnet! Vgl. hierzu die folgende Anm. I

(145) Diese gegenläufige Tendenz (die bereits oben in Kap. III, 8 erörtert wurde) meint wohl GÜDE an der in der vorhergehenden Anm. zitierten Stelle mit dem Ausdruck "vorgegebene Gegensätzlichkeit".

(146) Prozeß als Rechtslage, 340 ff.

Beschuldigten) gegen sich selbst" ausgeht, "die ihm gebotene Gelegenheit zur Beseitigung der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe ... wahrzunehmen". GOLDSCHMIDT nennt diese Pflicht eine prozessuale "Last" und versteht das Wechselspiel zwischen dieser Last und der Strafverfolgung als Entwicklung des Prozesses in verschiedenen "Rechtslagen". Diese Rechtslagen wären dann die einzelnen Kampfsituationen, aus denen sich die Forderung nach Waffengleichheit ergibt.

Hiergegen ist zunächst das dogmatische Argument anzuführen, daß die erwähnte "Pflicht gegen sich selbst" nicht tragfähig ist, um auch die materielle Pflicht des Beschuldigten zu begründen, einen vorgetragenen Verdacht zu beseitigen (147). Hinter der GOLDSCHMIDT'schen Lehre vom Prozeß als Rechtslage verbirgt sich ein falsches Verständnis vom Wesen des Strafverfahrens, welches auf einer Überbetonung der prozessualen Betrachtungsweise beruht. Dies hat NIESE (148) überzeugend dargetan. Letztlich enthält die Lehre vom Prozeß als Rechtslage lediglich die Erkenntnis, daß dem gesamten Strafverfahren ein "Spannungsverhältnis" (149) innewohnt (150), welches zwischen dem wahren Sachverhalt und dem zu findenden Urteil besteht. "Die prozessualen Lagen aber ... stellen ... überhaupt keine Rechtsbeziehungen unter den Prozeßbeteiligten dar, denen irgend eine eigene juristische Bedeutung zukommen könnte" (151). Damit ist klaggestellt, daß trotz der Bedeutung, die die prozessualen Gegebenheiten (besonders also das aus den Verfahrenszwecken resultierende Spannungsverhältnis) für die Gestaltung des Strafverfahrens haben, durch die praktischen Argumente allein die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im Verfahren keine wesentlichen Modifikationen erfahren kann und darf. Der Grundsatz der Waffengleichheit würde bedeuten, daß es Aufgabe der Straffunktion wäre, einen existenten Strafanspruch evident zu machen und zu realisieren, und weiter, daß es Aufgabe der Verteidi-

(147) Eine solche Pflicht verstieße gegen den Grundsatz *nemo tenetur se defendere*; vgl. hierzu Kap. VI A 3.

(148) Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 78 ff.; vgl. auch unten Anm. 182.

(149) So Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd. I, RNr. 52, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf GOLDSCHMIDT's Lehre.

(150) Dies meint auch NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 79, wo er gegen die GOLDSCHMIDT'sche Lehre die "Diskrepanz zwischen Existenz und Evidenz des materiellen Strafrechtsverhältnisses im prozessualen Raum" anführt.

(151) Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd. I, RNr. 55.

gungsfunktion wäre, diese Evidenz zu verhindern, also den Strafanspruch zu vereiteln; das ist aber nicht Aufgabe der Verteidigung. Infolgedessen hätte die Anerkennung der Waffengleichheit die praktische Konsequenz, daß die Verteidigung mit dem Odium der Strafvereitelung behaftet wäre, woraus als Gegenreaktion wieder die Notwendigkeit folgen würde, die Straffunktion gegenüber der Verteidigung stärker abzuschirmen und zu intensivieren. Die Straffunktion würde dann neben ihrer eigentlichen Aufgabe der Strafverfolgung noch eine zweite, aus dem Verfahren abgeleitete Aufgabe erhalten, nämlich die Verteidigung niederzukämpfen und ihr entgegenzuarbeiten. Auf diese Weise würde ein unheilvolles Wechselspiel zwischen den beiden Verfahrensfunktionen künstlich geschaffen, welches von der eigentlichen Verfahrensaufgabe losgelöst und zu ihrer Bewältigung nicht förderlich wäre. Gerade die Funktion der Verteidigung würde dadurch unzulässigerweise geschwächt, weil die Anerkennung der Waffengleichheit die wichtige Erkenntnis der inneren Anlehnung (152) des Freiheitszweckes an den Strafzweck mißachten würde. Die Stärkung der Verteidigung, die mit der Waffengleichheit angestrebt werden soll, wäre nur scheinbar. Infolgedessen ist der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen den beiden Verfahrensfunktionen abzulehnen (153). Diese Funktionen sind vielmehr nach der Struktur der hinter ihnen stehenden Zwecke auszugestalten. Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Methode sich im einzelnen die gleichen Befugnisse für die Verteidigung als notwendig erweisen können, wie sie mit dem Grundsatz der Waffengleichheit angestrebt werden. Der entscheidende Unterschied ist jedoch, daß die Nachteile, die der Grundsatz der Waffengleichheit mit sich bringt und die dem Strafverfahren wesensfremd sind, vermieden werden können.

(152) Vgl. hierzu oben Kap. III, 6.

(153) Vgl. DAHM, ZStW 52, 593; VON KRIES, 220, der allerdings nur auf die Verschiedenheit der Zwecke abstellt, ohne auf ihre Korrespondenz hinzuweisen; ebenso KÖHLER, GerS 53, 229; ROSENBERG, 321; HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 204.

C. ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfahrenszwecke erfordern zu ihrer Verwirklichung zwei selbständige, miteinander unvereinbare Funktionen:

- a) Die Straffunktion mit der ihr untergeordneten unselbständigen Ermittlungsfunktion;
- b) die Verteidigungsfunktion als Sekundärfunktion.

Außerdem müssen der Staat und der Beschuldigte als notwendige Beteiligte mit Funktionen ausgestattet werden, um ihre Interessen, soweit sie in den Zwecken anerkannt sind, zu erreichen. Dabei darf nicht jeweils einem Beteiligten eine Funktion ausschließlich zugewiesen werden, so daß die Verfahrenssubjekte zu Parteien des Verfahrens werden würden. Die Interessen beider Verfahrenssubjekte richten sich nämlich jeweils auf sämtliche Verfahrenszwecke.

Für die Ausgestaltung der Verfahrensfunktionen gilt nicht der Grundsatz der Waffengleichheit.

BESONDERER TEIL

V. DIE VERWIRKLICHUNG DER VERFAHRENSZWECKE IM VORVERFAHREN

1. Die Aufgabe des Vorverfahrens

Die Aufgabe erschöpft sich in einer vorbereitenden Verwirklichung der Verfahrensaufgabe selbst. Dies geschieht in zweifacher Weise, einmal durch Schaffung einer hinlänglichen Verfahrensinitiative in Form der Anklage und zum andern durch Vorermittlung des Sachverhaltes als Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung im Hauptverfahren (154). Damit ist festgestellt, daß im Vorverfahren als einem Teil des gesamten Strafverfahrens keine anderen Zwecke verwirklicht werden dürfen als die, die sich aus der Verfahrensaufgabe ergeben. Es ist zu untersuchen, in welchem Umfange diese Zweckverwirklichung im Vorverfahren erfolgt.

2. Die Verfahrensinitiative

Der Beginn des Strafverfahrens ist der erste Verdacht, der sich meist in einer Anzeige manifestiert. Es muß darauf hingewiesen werden, daß ein früherer Beginn des Verfahrens nicht möglich ist (155). Insbesondere ist es nicht Aufgabe des Strafverfahrens, Lebenssachverhalte zu überprüfen, um deren Ordnungsmäßigkeit oder Ordnungswidrigkeit festzustellen, um dann gegebenenfalls auf der Grundlage der zutage getretenen Verdachtsmomente einen Strafprozeß anzustringen. Für die Wahrnehmung eines solchen polizeilichen Überwachungsinteresses ist im Strafverfahren kein Raum (156). Seine Aufgabe ist es nicht, Verdacht aufzuspüren oder ordnungsgemäßes Verhalten zu bestätigen. Ein entsprechender Überprüfungszweck, der sowohl den Verdacht als auch die Verdachtlosigkeit umfassen würde, kann aus der Verfahrensaufgabe nicht abgeleitet werden. Der Strafzweck beinhaltet eine Überprüfung nur soweit, als der Verdacht selbst das Anzeichen einer strafbaren Handlung darstellt. Das Strafverfahren geht vom Verdacht aus, nicht auf ihn zu. Dies gilt auch für das Vorverfahren.

Dieser erste Verdacht der Anzeige ist jedoch meist keine ausreichende Ver-

(154) Vgl. Entwurf 1908, 154; ASCHROTT, Reform 1906, 87; SCHULTZ, JR 1929, 17.

(155) Vgl. SAX, 987.

(156) Vgl. oben Kap. III 7 a.E.

fahrensgrundlage (157). Allzuoft ist er unsicher, auf eine bloße Vermutung oder gar bewußte Verleumdung gestützt, so daß ihm kein Strafanspruch entspricht (158). Deshalb muß diese unzulängliche Verfahrensinitiative durch die hinreichende, auf die Sachverhaltserforschung gestützte Initiative der Anklage ersetzt werden, um den Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen (159). Die übrigen Fälle, in denen kein Strafanspruch besteht, sind aus dem weiteren Verfahren auszuschneiden.

Das Zustandekommen der Anklage ist Teilverwirklichung der Verfahrensaufgabe. Diese Teilverwirklichung hat auf dieselbe Weise zu geschehen wie die endgültige Realisierung selbst, nämlich auf der Grundlage der Erforschung des Sachverhaltes auf justizförmige Weise. Allerdings ist hier keine volle Verwirklichung des Ermittlungszweckes erforderlich, weil zur Anklageerhebung der Beschuldigte nicht überführt, sondern nur hinreichend verdächtig zu sein braucht. Die Anklagebehörde braucht deshalb den Sachverhalt nicht festzustellen, sondern sich nur von ihm Kenntnis zu verschaffen (160).

3. Die Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung

Darüber hinaus erfolgt aber die Ermittlung des Sachverhaltes aus der zweiten Aufgabe des Vorverfahrens. Dies ist die unmittelbare Vorbereitung des Hauptverfahrens. Insbesondere die Sachverhaltsfeststellung als Grundlage des Urteils verlangt eine Tätigkeit, die im Hauptverfahren selbst nicht verwirklicht werden kann. Eine sachgerechte Beurteilung des Tatsachenstoffes kann nur in einer zusammenhängenden, einigermaßen straffen, geordneten Weise erfolgen. Sie setzt eine Bewältigung des Stoffes in "logischer, organisch sich entwickelnder Folge" (161) voraus, die nur aufgrund einer gewissen Kenntnis und Überschaubarkeit des Tatsachenmaterials möglich ist. Deshalb muß der Sachverhalt vorermittelt und vorgeordnet werden.

Durch diese Vorermittlung wird der Ermittlungszweck über den Umfang hin-

(157) Es ist nur eine "Intention auf einen Anspruch", ALSBERG, 5; vgl. auch GÜDE, AnwBl 1961, 6.

(158) Vgl. VARGHA, 383.

(159) Vgl. Eb. SCHMIDT, DRiZ 1959, 17, der von der Klärung der für die Anklageerhebung maßgeblichen Verdachtsfrage spricht.

(160) So richtig Entwurf 1908, 154; vgl. auch SCHULTZ, JR 1929, 17 unter Ziff. 1 a.

(161) So HARTUNG, 233; vgl. auch DAHM, ZStW 52, 597; SCHULTZ, JR 1929, 17 Ziff. 3.

aus, in dem er mittelbar beim Zustandekommen der Anklage verwirklicht wird, unmittelbar als erste Stufe der Sachverhaltsfeststellung im Sinne der Urteilsgrundlage verwirklicht. Darin liegt auch die besondere Bedeutung der Ermittlungen des Vorverfahrens. Die Wahrheitserforschung im weiteren Verfahren wird von hier aus in oft entscheidendem Maße beeinflusst (162), weil die Beweisaufnahme des Hauptverfahrens auf den Ermittlungen des Vorverfahrens aufbaut und von ihnen geprägt wird (163). Über die bloße Vorbereitung hinaus läßt sich der Ermittlungszweck oftmals innerhalb des Vorverfahrens in einem Maße verwirklichen, wie dies im Hauptverfahren nicht mehr möglich ist, weil durch den Zeitablauf die einzelnen Beweismittel, insbesondere Zeugenaussagen, an Qualität verlieren. Die Vorermittlungen haben deshalb nicht nur vorbereitenden, sondern auch sichernden Charakter.

4. Die Aufgabe des Vorverfahrens als Verwirklichung des Strafzweckes

Die beiden aufgezeigten Aufgaben des Vorverfahrens sind Ausfluß des Strafzweckes. Aus dem Freiheitszweck können sie nicht abgeleitet werden. Die Verdichtung der Verfahrensinitiative zur Anklage ist die konkrete Erscheinungsform des Strafzweckes im Vorverfahren als Vorstufe der endgültigen Verwirklichung im Urteil. Soweit sich diese Verdichtung nicht vornehmen läßt, eine Anklage also nicht zustande kommt, ist dies kein gleichwertiger Vorgang, sondern nur ein negatives Ergebnis. Die Einstellung des Verfahrens erfolgt nicht, weil sich der erste Verdacht als unbegründet, sondern weil er sich nicht als begründet erwiesen hat. Es wäre irrig, wollte man den ersten Verdacht der Anzeige in einen den Verfahrenszwecken vorgelagerten Bereich verweisen, aus dem sich dann entweder durch die Verdichtung des Verdachtes die Anklage oder durch den Nachweis der Unbegründetheit des Verdachtes die Schuldlosigkeit ableiten ließe. Die Verwirklichung des Strafzweckes kann nicht nur - wie dargelegt - nicht vor dem Verdacht, sondern auch nicht nach ihm einsetzen; sie beginnt immer zusammen mit dem Verdacht als der ersten, wenn auch unzulänglichen Verfahrensinitiative. Ein Aufgreifen des Verdachtes, um in Ausübung des Freiheitszweckes dessen Unbegründetheit

(162) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 6; HEINEMANN, 340, der darauf hinweist, daß das Vorverfahren nicht nur präparatorisch ist; ASCHROTT, Reform 1906, 87 und 91; DAHM, ZStW 52, 597.

(163) Vgl. GOLDSCHMIDT, Reform, 14; ders., DJZ 1928, 1139; HARTUNG, 233; HEINEMANN, 340; ZUCKER, GerS 47, 449.

darzutun, ist nicht möglich (164), weil nicht erforderlich. Die Wirkung eines unbegründeten Verdachts als solchem wird durch die *praesumptio boni viri* beseitigt. Aus dem Freiheitszweck kann keine Initiativwirkung abgeleitet werden. Die Initiative folgt allein aus der positiven Natur des Strafzweckes, zu dessen Verwirklichung eine Veränderung vorgenommen werden muß, soweit nämlich der Beschuldigte aus dem Zustand der Straflosigkeit in den der Bestraftheit versetzt werden muß (165). Aus dem negativen Charakter des Freiheitszweckes folgt jedoch, daß zu seiner Verwirklichung eine solche Veränderung nicht erforderlich ist. In Ausübung des Freiheitszweckes kann nicht mehr erreicht werden, als schon vor Verfahrensbeginn gegeben ist (166). Es ist deshalb weder möglich, auf der Grundlage eines aufgetretenen Verdachtes ein Verfahren zu eröffnen, um die Haltlosigkeit des Verdachtes darzutun, noch ist es zulässig, zu demselben Zwecke ein einmal eingeleitetes Verfahren fortzuführen, um etwa den Freiheitszweck stärker zu verwirklichen. Es gibt keine "Reinigung" von einem Verdacht. Insbesondere ergibt sich aus der Aufgabe des Strafverfahrens kein Rehabilitationszweck, wie bereits eingehend dargelegt worden ist (167).

Ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld ist kein selbständig anstrebbares Verfahrensziel. Daraus, daß ein eingestelltes Vorverfahren jederzeit wieder aufgenommen werden kann, wogegen dies bei einer Beendigung durch das Urteil nur unter den Voraussetzungen des § 362 StPO möglich ist, folgt nichts anderes. Die insoweit stärkere Verwirklichung des Freiheitszweckes ist nur scheinbar, sie kann nicht aus diesem Zweck abgeleitet werden. Eigentlich ist es nur eine stärkere Abwehr, die sich aus der intensiveren Verwirklichung des (konkret nicht gegebenen) Strafzweckes ergibt, also eine stärkere "Nichtverwirklichung" des Strafzweckes als Konsequenz der Sekundärnatur des Freiheitszweckes.

Die zweite Aufgabe des Vorverfahrens, die Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung, geschieht in Ausübung des Ermittlungszweckes als des unselbständigen Bestandteiles des Strafzweckes. Aus dem Freiheitszweck kann sie ebenfalls

(164) Zutreffend bezeichnet DAHM, ZStW 52, 596, die Prozeßinitiative als Vorurteil (sc. i. S. des Strafzweckes!); vgl. auch DÜRR, DJZ 1928, 1436.

(165) Diese Initiativfunktion des Strafzweckes ist gemeint, wenn DAHM, ZStW 52, 592, einen Vorsprung für den Ankläger fordert.

(166) Vgl. oben Kap. III 7.

(167) Vgl. oben Kap. II 5 c.

nicht abgeleitet werden. Dieser Zweck bedarf zu seiner Verwirklichung nicht der Sachverhaltsfeststellung. Die Unschuld des Beschuldigten braucht nicht dargetan, also diese (nicht notwendige) Darlegung auch nicht vorbereitet zu werden (168). Weil das Ziel des Freiheitszweckes, die Nichtbeeinträchtigung der Freiheitssphäre des Beschuldigten, negativen Charakter trägt, ist eine Vorbereitung nicht möglich. In diesem Sinne ist es zu billigen, wenn für das Vorverfahren die Herrschaft der Strafverfolgungsorgane gefordert worden ist (169); Verfahrensinitiative und Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung können nur in Ausübung des Strafzweckes bewirkt werden.

5. Die sog. Vorbereitung der Verteidigung

Wenn in der Literatur verschiedentlich eine eigene, aus dem Freiheitszweck abgeleitete Aufgabe des Vorverfahrens im Sinne der Vorbereitung der Verteidigung gefordert worden ist (170), verbirgt sich dahinter eine falsche Auffassung vom Wesen der Verteidigung (171). Ihr Ziel ist nicht die Abwehr des von den Strafverfolgungsbehörden eingeleiteten Verfahrens als solchem. Der überführbar Schuldige hat die Bestrafung zu dulden, gegen die Verwirklichung des Strafzweckes darf er sich nicht "verteidigen", dies wäre Strafvereitelung. Die selbständige Anerkennung der Vorbereitung der Verteidigung würde aber auf die Billigung dieser Strafvereitelung hinauslaufen, weil die so verstandene Verteidigung schlechthin auf die Gegenwehr der Strafverfolgung bezogen wäre, ohne Rücksicht darauf, ob diese Verfolgung zulässig ist oder nicht. Der Freiheitszweck verlangt aber lediglich die Hinderung einer solchen unzulässigen Verfolgung, also eines Angriffes. Diese Hinderung eines Angriffes erfordert keine eigene Vorbereitung (172). Es wäre eine irrende Auf-

-
- (168) Dies wird übersehen, wenn z.B. VON LISZT, Reform, 37, zur Vorbereitung der Hauptverhandlung eine Erklärung des Beschuldigten über die Entlastungstatsachen und -beweise verlangt.
- (169) Vgl. etwa DAHM, ZStW 52, 593; VON DER GOLTZ, DSr 1935, 273; ASCHROTT, Reform 1906, 90; VON LISZT, Reform, 31.
- (170) Vgl. VON LISZT, Reform, 30; GNEIST, 71; VON KRIES, 495; Entwurf 1908, zitiert bei ASCHROTT, Reform 1908, 67.
- (171) So z.B. bei BINDING, Abhandlungen, 199, der die Vorbereitung auch der Verteidigung aus dem angeblichen Wesen des Strafverfahrens als Parteiprozeß ableitet; vgl. dazu oben Kap. IV B 6.
- (172) Es ist jedoch nicht zutreffend, dies als eine Beschränkung des Freiheitszweckes im Vorverfahren zu verstehen, wie dies GALLAS, ZStW 58, 638, tut.

fassung vom Wesen des Strafverfahrens, wenn das Zustandekommen eines solchen Angriffes zunächst gebilligt würde, um ihn dann im Wege der Verteidigung wieder zu beseitigen (173). Das Strafverfahren ist kein Wechselspiel von *actio* und *reactio*.

Diese Auffassung ist vornehmlich von GOLDSCHMIDT vertreten worden, der im Anschluß an seine "dynamische (d.i. prozessuale) Rechtsbetrachtungsweise" (174), die er auch auf das Strafverfahren anwendet (175), zu dem Ergebnis kommt, der Beschuldigte sei genötigt, "die prozessualen Nachteile der Strafverurteilung und Strafvollstreckung von sich abzuwenden" (176).

An dieser Betrachtungsweise ist richtig, daß es im Strafverfahren - genau wie in jedem Prozeßverfahren - nur um die Verwirklichung eines durchsetzbaren Rechts (oder Anspruchs) geht und daß diese Verwirklichung in allmählich fortschreitender Weise, "*procedendo*", geschieht, wobei man die ständig fortschreitende Entwicklung des Verfahrens in einzelne Rechtslagen aufteilen kann. Diese Erkenntnis GOLDSCHMIDTs hat auch allenthalben Zustimmung gefunden (177). Mit dieser Auffassung stimmt es überein, wenn oben (178) ausgeführt wurde, daß es im Strafverfahren nur um die Verwirklichung des formellen Strafanspruches geht. Unzutreffend ist es jedoch, wenn dabei die prozessuale Betrachtungsweise überbetont und dadurch die Aufgabe des Strafverfahrens zu einseitig gesehen wird. Dabei wird nämlich verkannt, daß der Grund für die staatliche Strafverfolgung trotz der praktischen Beschränkung auf den formellen Strafanspruch der zugrunde liegende materielle Strafanspruch bleibt. Dies ist vor allem für die rechtstheoretische Betrachtung wichtig. In Verkennung dessen orientiert GOLDSCHMIDT seine Betrachtung einseitig am Urteil (179) als dem Verfahrensergebnis unter Mißachtung der Straftat, die jedem (auch jedem formellen) Strafanspruch zugrunde

(173) Vgl. GLASER, 224.

(174) Vgl. GOLDSCHMIDT, Prozeß als Rechtslage, 254, wo er die Rechtslage i.S. der prozessualen Betrachtungsweise definiert als "die rechtlich begründete Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges richterliches Urteil".

(175) Vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O., 339 ff.

(176) Vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O., 342.

(177) Vgl. Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar, Band I, RNr.51; HENKEL, Strafverfahrensrecht, 135 f.

(178) Vgl. oben Kap.II 2.

(179) Dies kritisiert auch HENKEL, Strafverfahrensrecht, 136 Anm.36.

liegt (180). Infolgedessen kommt GOLDSCHMIDT zu dem unrichtigen Ergebnis, daß zur Abwendung einer Strafverurteilung "die Unterlassung der Straftat weder erforderlich noch genügend" sei, "weil auch den Schuldigen die Abwendung seiner Verurteilung gelingen, ... weil auch der Unschuldige einer Verurteilung zum Opfer fallen kann" (181).

Hiergegen hat NIESE (182) zutreffend eingewandt, daß dabei die Evidenz und die Existenz des Strafanspruches nicht unterschieden werden und daß diese Unterscheidung letztlich in der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens begründet ist. Man kann diese Spannung zwischen der Evidenz und der Existenz des Strafanspruches, die das eigentliche Anliegen jeder Verfahrensordnung darstellt (183), nicht dadurch lösen, daß man die Existenz mißachtet und die Evidenz allein institutionalisiert. Das führte zu dem Ergebnis, daß der Beschuldigte auch dann verurteilt würde, wenn und weil er sich schlecht verteidigt, wahrhaft eine Pervertierung der Aufgabe des Strafprozesses (184).

Der GOLDSCHMIDT'schen Auffassung ist aber noch in einem weiteren Punkte zu widersprechen. Das - richtige - Verständnis des Verfahrens als eines Wechsels der Rechtslagen bedeutet noch nicht, daß der Prozeß ein Wechselspiel dieser Lagen i.S. von actio et reactio sei, bei dem in abwechselnder Folge jeweils zunächst auf ein verurteilendes und daran anschließend dann auf ein freisprechendes Verfahrensergebnis hingearbeitet werden würde. Diese Auf-

(180) Wenn GOLDSCHMIDT, a.a.O., 245, die Strafgesetze als "Strafdrohungen an den Täter" qualifiziert, so ist dabei der Ansatzpunkt für die Wirkung der Strafgesetze zu spät gewählt und vor allem ihre normative Wirkung auf den Rechtsgenossen übersehen, der noch keine Straftat begangen hat und gerade durch diese Strafgesetze abgehalten wird. Vgl. auch NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 78 ff., und Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd.I, RNr.38, wo auf die Bestimmungsfunktion der materiellen Normen hingewiesen ist.

(181) GOLDSCHMIDT, a.a.O., 342.

(182) a.a.O., 79.

(183) Darauf haben wir schon zu Beginn unserer Darlegungen, oben Kap.II 1, hingewiesen.

(184) Vgl. auch HENKEL, Strafverfahrensrecht, 135, der zutreffend ausführt, daß sich aus der prozessualen Betrachtungsweise lediglich ergibt, daß zwischen den Beteiligten des Verfahrens geordnete Beziehungen entstehen, ohne daß damit schon etwas über den Umfang der Verfahrensstellung der Beteiligten gesagt wäre.

fassung enthielte die Anerkennung des Beeinträchtigungsinteresses, soweit eine solche Beeinträchtigung - zumindest vorbereitungsweise - verwirklicht werden dürfte. Aufgabe des Freiheitszweckes ist es jedoch nicht, solche Beeinträchtigungen, erst wenn sie eine gewisse Intensität erreicht haben, wieder zu beseitigen (185), sondern sie von vornherein zu vermeiden.

6. Der Freiheitszweck im Vorverfahren

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Freiheitszweck jeglicher Wirksamkeit im Vorverfahren entbehren würde (186). Aus der sekundären Natur dieses Zweckes folgt, daß er immer dort auf den Plan tritt, wo der Strafzweck angestrebt wird (187). Aufgabe des Freiheitszweckes im Vorverfahren ist es zu verhindern, daß der Strafzweck den ihm zustehenden Bereich überschreitet, also zu erreichen, daß dort keine Anklage zustandekomme (188), wo kein formeller Strafanspruch gegeben ist, und daß in Verfolgung eines formellen Strafanspruches die Ermittlungen zur Vorbereitung der Sachverhaltsfeststellung nicht weiter vorangetrieben werden, als dies mit justizförmigen Mitteln zulässig ist. Die unzulässige Beeinträchtigung des Beschuldigten soll erst gar nicht - auch nicht vorbereitungsweise - zustandekommen, um dann wieder beseitigt werden zu müssen. Eine solche Beseitigung ist oft nicht mehr möglich, wenn jene sich erst einmal konsolidiert hat (189). Infolgedessen hat der Freiheitszweck im Vorverfahren vor allem eine Bremswirkung, die immer dann einsetzt, wenn das Verfahren in den Bereich der unzulässigen Beeinträchtigung vorzudringen droht. Nur ausnahmsweise, wenn trotz dieser Bremswirkung nicht verhindert werden kann, daß ein Verfahren in den Bereich der Beeinträchtigung vordringt, muß diese dann wieder im Wege der

(185) So meint z.B. VON HOLTZENDORFF, 393, daß erst der Eröffnungsbeschluß ein wirksamer Angriff sei, so daß die Verteidigung im Vorverfahren entsprechend zu beschränken sei; GÜDE, AnwBl 1961, 6, verlangt für die Betätigung der Verteidigung "eine gewisse Reife der Ermittlungen"; vgl. auch VON KRIES, 243.

(186) So auch KLEINKNECHT, BeilzBAnz 139, 2; a.A. SIEGERT, ZStW 54, 28.

(187) So richtig JOHN, 960; vgl. auch Motive zu § 122.

(188) Vgl. Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd.II, § 137 Anm.5.

(189) Vgl. DAHM, ZStW 52, 596 ff.; GÜDE, AnwBl 1961, 6, weist auf das legitime Interesse des Beschuldigten hin, sich vor dem einschneidenden Akt der Anklage verteidigen zu können.

aktiven Ausübung des Freiheitszweckes beseitigt werden. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß grundsätzlich eine Beeinträchtigung zu verhindern und nur hilfsweise zu beseitigen ist. Insbesondere hat eine solche Beseitigung nicht erst in einem späteren Teil des Strafverfahrens zu geschehen, sondern muß nach Möglichkeit schon jetzt im Vorverfahren einsetzen. Die Reaktion des Freiheitszweckes kann sich dabei jedoch über mehrere Verfahrensabschnitte erstrecken, wenn dies die konkrete Verfahrenssituation tunlich erscheinen läßt. In diesen Fällen ist dann eine gewisse Vorbereitung der Reaktion erforderlich, beispielsweise im Wege der Materialsammlung für die Verteidigung in der Hauptverhandlung.

7. Zusammenfassung

Im Vorverfahren wird die Verfahrensaufgabe in doppelter Weise teilweise verwirklicht. Einmal wird die hinreichende Verfahrensinitiative in Form der Anklage geschaffen, zum andern wird die Sachverhaltsfeststellung vorbereitet. Beides geschieht in Ausübung des Strafzweckes, insbesondere des Ermittlungszweckes als seines unselbständigen Teiles. Es gibt keinen der Verfahrensaufgabe vorgelagerten neutralen Bereich des Verfahrens; auch in der Verdächtigung des Beschuldigten wird bereits der Strafzweck verwirklicht.

Obwohl die Aufgaben des Vorverfahrens ausschließlich aus dem Strafzweck abgeleitet sind, wird daneben auch der Freiheitszweck verfolgt, soweit unzulässige Angriffe in Ausübung des Strafzweckes bereits jetzt verhindert und nicht etwa erst später beseitigt werden sollen. Eine eigene Vorbereitung der Verteidigung findet jedoch nicht statt.

VI. DIE FUNKTIONEN DES BESCHULDIGTEN UND DES VERTEIDIGERS IM VORVERFAHREN

A. DIE FUNKTIONEN DES BESCHULDIGTEN

Grundlage für die Funktionen des Beschuldigten ist seine Beziehung zur Verfahrensaufgabe: Als Gegner des Strafanspruches ist er am Verfahren beteiligt. Aus dieser Beziehung ergeben sich einmal seine Interessen an der Verfahrensaufgabe, soweit sie in den Zwecken anerkannt sind, zum andern die Pflichten, die für den Beschuldigten aus der Verfahrensaufgabe abgeleitet werden.

Die anerkannten Interessen des Beschuldigten erstrecken sich auf die gesamte Verfahrensaufgabe (190). Er muß deshalb die Möglichkeit haben, sämtliche Interessen zu verwirklichen. Infolgedessen kann seine Verfahrensfunktion keine einheitliche, ausschließlich an einem Verfahrenszweck orientierte sein; vielmehr ergibt sich in seiner Person eine Funktionenkombination (191), deren Bestandteile auf beide Verfahrenszwecke gerichtet sind.

Dadurch ist der Umfang dieser Funktion aber auch inhaltlich abgegrenzt. Durch die Funktion des Beschuldigten werden die Verfahrenszwecke nur so weit angestrebt, als sie die Interessen des Beschuldigten enthalten. Eine Ausdehnung über diesen Umfang hinaus ist nur möglich, wo zu diesen Interessen eine Pflicht des Beschuldigten hinzutritt. Aus dem Strafanspruch folgt lediglich die Pflicht des Beschuldigten, die begründete Bestrafung zu dulden.

In der Person des Beschuldigten ist folgende Besonderheit zu beachten: Seine Stellung im Strafverfahren gründet sich nicht nur auf seine Eigenschaft als Prozeßsubjekt, soweit gegen ihn der Strafanspruch geltend gemacht wird. Er hat darüber hinaus zum Verfahren noch eine weitere Beziehung, weil er wegen seiner persönlichen Beteiligung an dem dem Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt als Beweismittel in Frage kommt. Dadurch hat der Beschuldigte eine einzigartige Doppelstellung (192), die sich bei keinem anderen Prozeßbeteiligten wiederholt. Die beiden Bestandteile dieser Doppelstellung sind jedoch nicht gleichbedeutend. Entsprechend der Unterordnung des Ermittlungszweckes unter den Strafzweck ist auch die Bedeutung des Beschuldigten zu bewerten. Er kommt als Beweismittel nur in Betracht, soweit in seiner Per-

(190) Vgl. oben Kap. IV B 5.

(191) Vgl. SAUER, 157.

(192) Vgl. ALSBERG, 6; WACH, Struktur, 18.

son der Strafzweck Wirkung hat, soweit also dem Beschuldigten eine aus diesem Zweck abgeleitete Funktion zukommt (193).

1. Die Sühnefunktion

Soweit im Strafzweck auch ein Interesse des Beschuldigten an seiner eigenen Bestrafung in Form des Sühneinteresses enthalten ist, erfordert dies eine dadurch bedingte Mitwirkung des Beschuldigten. Er muß die Möglichkeit haben, durch eigene Tätigkeit seine Bestrafung herbeizuführen und so seine Tat zu sühnen. Diese Sühnefunktion kann allerdings niemals eine gänzliche Wahrnehmung des Strafzweckes sein (194), da dieser auch und in erster Linie vom staatlichen Strafinteresse getragen wird. Die Sühne ist nicht identisch mit der Strafe. Dieser ist wesentlich, daß von außen ein Vorwurf an den Täter herangetragen wird. Nur dadurch, daß der Beschuldigte diesen Vorwurf bejahend annimmt, kann er die über ihn verhängte Strafe zur Sühne verwandeln. Deswegen wird die Verwirklichung des Strafzweckes durch den Beschuldigten immer nur ein Fördern der durch die staatlichen Organe wahrgenommenen Straffunktion sein. Das Wirkungsfeld des Beschuldigten liegt deshalb insoweit vornehmlich im Bereich des Ermittlungszweckes, durch den die Verwirklichung des Strafzweckes ermöglicht wird. Der Beschuldigte muß die Möglichkeit haben, an der Aufklärung der zugrunde liegenden Straftat mitzuwirken (195).

Aus dem Charakter der Sühne als der freien Tat der sittlichen Persönlichkeit (196) folgt, daß diese Funktion die Eigenschaft der uneingeschränkten Freiwilligkeit haben muß. Es ist nicht möglich, den Beschuldigten zur Sühne zu zwingen (197).

(193) Vgl. BAUMANN, GoldArch 1959, 33.

(194) Vgl. hierzu H. MAYER, GerS 104, 322, der allerdings fälschlicherweise den Sühnedenken völlig außer Betracht läßt.

(195) Vgl. Entwurf 1908, 154, wo die Gelegenheit der weiteren Aufklärung auch durch den Beschuldigten als Zweck des Vorverfahrens bezeichnet ist.

(196) Vgl. NOLL, 8; SAX, 956.

(197) Vgl. STOCK, Festschrift f. Mezger, 433; SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 136 Anm. 3; es ist auch nicht zulässig, den Beschuldigten durch einen Appell an seine moralische Pflicht aus Resozialisierungsgründen zur Sühne zu "führen", wie HEINITZ, JR 1961, 244, meint; vgl. JOHN, 957, der das Geständnis einen "verschämten" Teil des Strafzweckes genannt hat; vgl. auch PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 149.

Die Mitwirkung darf nur vom freien Entschluß des Beschuldigten abhängen. Eine Pflicht zur Mitwirkung würde auf die unzulässige Anerkennung des Selbstüberführungsprinzips hinauslaufen und dem natürlichen Freiheitswillen des Beschuldigten zuwiderlaufen (198). Dieser ist durch den Strafanspruch nur insoweit eingeschränkt, als der Schuldige die Bestrafung dulden muß. Diese herbeizuführen, ist dem Beschuldigten nicht geboten, sondern nur gestattet. Deshalb hat der Beschuldigte keine echte Mitwirkungsfunktion an der Verfahrensaufgabe (199). Für ihn gilt der Grundsatz: *nemo tenetur se accusare*. Eine Mitwirkungspflicht besteht für den Beschuldigten nicht (200). Diese fehlende Mitwirkungspflicht gilt auch, soweit der Beschuldigte als Beweismittel in Frage kommt (201). Auch insoweit ist er nicht verpflichtet, durch aktives Tun an der Sachaufklärung mitzuwirken, dies ist ihm nur erlaubt (202). Der Beschuldigte ist lediglich verpflichtet, die Beweiserhebungen zu dulden, auch wenn sie sich auf seine eigene Person erstrecken, wie dies beispielsweise bei einer körperlichen Untersuchung gemäß § 81 a StPO der Fall ist. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Mitwirkung des Beschuldigten im eigentlichen Sinne.

Die Freiwilligkeit der Mitwirkung des Beschuldigten folgt letztlich aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde, wie es in Art.1 Abs.1 GG anerkannt ist, weil es mit diesem Grundsatz unvereinbar wäre, sich selbst belasten zu müssen (203).

Wir definieren als Sühnefunktion: Die freiwillige Tätigkeit des Beschuldigten, die auf seine eigene angemessene Bestrafung gerichtet ist.

(198) Diese Mitwirkungspflicht kann auch nicht aus einer Bewertung des Strafprozesses als eines "Gemeinschaftsverfahrens" abgeleitet werden, wie dies HEGLER, 17, tut.

(199) Vgl. VARGHA, 357.

(200) Vgl. Entwurf 1908, zu § 109; WOLF, ZAkDR 1937, 177; WACH, Struktur, 19; GNEIST, 82, der darauf hinweist, daß nur eine moralische Mitwirkungspflicht besteht, an die im Strafverfahren nicht appelliert werden darf; dagegen, jedoch nicht überzeugend, HEINITZ, JR 1961, 243; irrig auch HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 225 und DJZ 1935, 536, der aus dem Sühnegeranken eine Rechtspflicht des Beschuldigten ableitet.

(201) Vgl. GERLAND, 136; a.A. WACH, Struktur, 7.

(202) Vgl. BAUMANN, GoldArch 1959, 33; VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29.

(203) Vgl. hierzu SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 136 Anm.3; vgl. auch KLEINKNECHT, JZ 1965, 155; BGHSt 14, 358 (364).

2. Die Antwortfunktion

Über den Umfang der solchermaßen aufgezeigten Sühnefunktion hinaus muß aber auch der nicht sühnebereite Beschuldigte an dem Strafzweck beteiligt sein. Dies folgt aus der Stellung des Beschuldigten als Gegner des Strafanspruches (204). Zwar ist er nur verpflichtet, die Bestrafung zu dulden und braucht nicht an ihrem Zustandekommen mitzuwirken. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß der Strafprozeß lediglich ein passives Erleiden für den Beschuldigten bedeutet, daß an ihm bloß etwas geschieht. Dadurch würde er zum inquisitus, zum Verfahrensobjekt (205). Dies ist jedoch mit der Personhaftigkeit des einzelnen nicht vereinbar. Entsprechend dem Inhalt des Strafanspruches als dem Vorwurf der persönlichen Schuld muß sich auch das Zustandekommen dieses Vorwurfes an den Beschuldigten selbst richten (206). Das Strafverfahren ist die rechtliche Konsequenz seiner Tat, es ist sein Verfahren, deshalb hat der Täter ein Recht, aktiv an diesem Verfahren teilzunehmen. Dieses Recht ist der prozessuale Niederschlag der Persönlichkeitsbindung des Strafanspruches (207). Hier liegen die Wurzeln des rechtlichen Gehörs (208). Dabei ist es unerheblich, welche Einstellung der Beschuldigte zu dem geltend gemachten Strafanspruch hat. Es muß ihm freistehen, statt des sühnenden Ja ein trotziges Nein zur Bestrafung zu sagen. Er hat sich auf jeden Fall dem gegen ihn erhobenen Vorwurf persönlich zu stellen und ihn - wie auch immer - entgegenzunehmen (209). Diese am Primärzweck des Verfahrens orientierte Funktion des Beschuldigten ist seine Antwortfunktion.

Wir definieren diese Funktion als das Verhalten des Beschuldigten, durch das er - ohne Rücksicht auf seine innere Einstellung zum Gegenstand des Verfahrens und seine sonstige Beteiligung daran - als Verfahrenssubjekt teilnimmt und das Verfahren nicht nur duldet.

-
- (204) Vgl. GERLAND, 136, wo von der Pflicht des Beschuldigten, sich dem Verfahren zu unterziehen, gesprochen wird; vgl. auch SPENDEL, JuS 1964, 470; SCHWARZ-KLEINKNECHT, 3 Einl. B d.
- (205) Dies ist aber nur die Tat des Beschuldigten, er selbst ist Verfahrenssubjekt, vgl. KLEINKNECHT, Beil.z.BAnz. 139, 2.
- (206) Vgl. GALLAS, ZStW 58, 636.
- (207) Vgl. WACH, DStZ 1920, 78.
- (208) Vgl. RÖHL, NJW 1958, 1268; SAX, 971; BAUR, 410; MAUNZ-DÜRIG, Art.103, RNr.30.
- (209) Vgl. H.MAYER, GerS 104, 333; VON GLEISPACH, 97; ULLMANN, 236, der dies "die publicistische Seite" der Beschuldigtenstellung nennt.

3. Die Verteidigungsfunktion

Das Interesse des Beschuldigten richtet sich auch - und dies in besonderem Maße - auf den sekundären Freiheitszweck des Verfahrens. Deshalb hat der Beschuldigte eine diesem Zweck entsprechende Verteidigungsfunktion. Dem Beschuldigten muß die Möglichkeit gegeben sein, sich gegen einen zu Unrecht erhobenen Vorwurf zu wehren. Diese Funktion des Beschuldigten stützt sich nicht nur auf die Anerkennung seines Interesses im Freiheitszweck. Auch soweit in diesem Verfahrenszweck ein staatliches Interesse an der Nichtbestrafung des formell Unschuldigen enthalten ist, kann das Verfahren zur Erreichung dieses Zweckes der Mithilfe des Beschuldigten nicht entraten. Richtet sich das Strafverfahren auf eine nicht begangene Tat, wird also der Freiheitszweck dadurch beeinträchtigt, daß ein Verfahren betrieben wird, dem weder ein formeller noch ein materieller Strafanspruch zugrunde liegt, so ist es dem Beschuldigten aufgrund seiner Kenntnis des wirklichen Sachverhaltes noch am ehesten möglich, die unrichtigen Ermittlungen zu korrigieren und so den Freiheitszweck zu verwirklichen (210). Insofern ist die Verteidigungsfunktion des Beschuldigten auch im staatlichen Interesse geboten (211).

Gleichwohl ist jedoch diese Funktion des Beschuldigten nicht mit der Verteidigungsfunktion identisch, wie sie sich aus dem Freiheitszweck ergibt (212). Weil dieser Zweck auch vom staatlichen Interesse getragen wird, muß er auch von einer staatlichen Funktion wahrgenommen werden (213). Es geht nicht an, daß diese staatliche Funktion ausschließlich vom Beschuldigten als einer Privatperson ausgeübt wird. Der Beschuldigte hat keine Pflicht zur Verteidigung, sie ist nur sein Recht. Soweit nämlich ein Interesse des Beschuldigten im Freiheitszweck anerkannt wird, beruht dies auf dem natürlichen Freiheitswillen. Die Betätigung dieses Willens ist keine Aufgabe des Beschuldigten, sie ist die freiwillige Entfaltung seiner Persönlichkeit. Der Freiheitszweck enthält aber auch die Anerkennung eines staatlichen Interesses. Dieses ist in der staatlichen Aufgabe begründet, den einzelnen vor Unrecht zu schützen. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe kann dem Beschuldigten nicht

(210) Vgl. hierzu SCHMIDT, DJZ 1929, 1084.

(211) Vgl. VON GLEISPACH, 98, der allerdings fälschlicherweise die Möglichkeit der Wahrheitsförderung als den alleinigen Grund für die Anerkennung der Verteidigung nennt.

(212) Vgl. HAUG, 6.

(213) Vgl. HAUG, 9.

auferlegt werden (214). Ebenso wenig wie der Schuldige verpflichtet ist, an der Durchsetzung eines Strafanspruches mitzuwirken, ist der Unschuldige gehalten, einen unberechtigten Strafanspruch abzuwehren (215). Es gilt deshalb auch der Grundsatz: *nemo tenetur se defendere* (216). Aus der Untätigkeit des Beschuldigten dürfen ihm keine Nachteile erwachsen. Das wäre mit dem Vergeltungscharakter der Strafe unvereinbar. Der Beschuldigte darf die Strafe nicht erleiden, weil er sich schlecht verteidigt hat (217), sondern weil er eine Straftat begangen hat. Er braucht sich nicht zu rechtfertigen oder zu verantworten, es gibt keine Verantwortungsfunktion.

Wenn der Staat den einzelnen mit einem unberechtigten Strafverfahren überzieht, so ist er auch verpflichtet, ihn vor dessen nachteiligen Folgen zu bewahren. Durch die Verweisung auf die Möglichkeit der Selbstverteidigung kann er sich dieser Pflicht nicht entledigen. Der Staat wirkt durch ein unbegründetes Strafverfahren Unrecht. Dies zu verhindern, ist er selbst gehalten.

Außerdem ist der Beschuldigte in Person auch gar nicht in der Lage, seine Verteidigung gegen einen unzulässigen Angriff wirksam zu führen (218). Aufgrund seiner mangelnden juristischen Fähigkeiten und Kenntnisse ist er dem staatlichen Justizapparat hoffnungslos unterlegen. Er vermag oft nicht zu beurteilen, welche Tatsachen und Umstände ihm günstig sind (219). Hinzu kommt die besondere Situation des Beschuldigten, durch die er der zur Verteidigung nötigen Objektivität und Unbefangenheit entbehrt (220). Insbesondere der materiell, nicht jedoch formell Schuldige ist unfähig, die mangelnde Überführbarkeit geltend zu machen, weil er immer in der Doppelstellung des Prozeßsubjektes und des Beweismittels steht (221). Die Beurteilung der Überführbarkeit setzt voraus, daß der Beweisstoff, wie er der Überführung zugrunde gelegt werden soll, allein und gesondert betrachtet wird. Dazu ist der nicht überführbar

(214) Vgl. hierzu PFENNINGER, Verteidigung, 173, der darauf hinweist, daß der Beschuldigte sein Interesse an der Verteidigung anderen Einzelinteressen unterordnen kann.

(215) Vgl. GERLAND, 136.

(216) Zu weitgehend deshalb HAUG, 26, der die Verteidigungsfunktion des Beschuldigten als dessen Aufgabe bezeichnet.

(217) Vgl. hierzu STOCK, Strafprozeßrecht, 60.

(218) Vgl. PFENNINGER, Verteidigung, 173; HAUG, 8 f.

(219) Vgl. hierzu KLEFISCH, JW 1935, 3351.

(220) Vgl. KÖHLER, GerS 53, 228; FRIEDMANN, 109.

(221) Vgl. ALSBERG, 6.

Schuldige nicht in der Lage, weil er ja Kenntnis von dem wirklichen, wenn auch nicht beweisbaren Sachverhalt hat. Von seinem Standpunkt gibt es nicht den Bereich des beweisbaren Sachverhaltes. Die Frage der Beweisbarkeit erfordert immer den Aspekt des Außenstehenden, der am Sachverhalt unbeteiligt ist. Wenn sich der Beschuldigte auf die mangelnde Beweisbarkeit beruft, läuft er Gefahr, diesen nicht beweisbaren Sachverhalt zuzugeben. Dadurch würde er aber in Ausübung der Freiheitsfunktion den Strafzweck fördern.

Die Übertragung der Verteidigungsfunktion auf den Beschuldigten begegnet außerdem der Schwierigkeit, daß der Beschuldigte nicht die Garantie mitbringt, diese Funktion nicht zur Strafvereitelung zu mißbrauchen (222). Dies folgt aus seinem natürlichen Freiheitswillen. Er wird meist bestrebt sein, sein Freiheitsinteresse auch dort zu verfolgen, wo es durch den Strafanspruch eingeschränkt ist, sich also auch gegen das berechtigte Verfahren wehren. Damit bewegt er sich aber im unzulässigen Bereich der Strafvereitelung. Dieser Gefahr des Funktionsmißbrauches kann das Verfahren dann nur unzureichend begegnen, wenn es sich darauf beschränken würde, die entgegengesetzte Straffunktion entsprechend zu verstärken. Eine einmal vorgenommene Strafvereitelung kann nicht immer korrigiert werden. Es ist daher angemessener, das Verfahren erst gar nicht auf dieses Gebiet auszudehnen; dies geschieht dadurch, daß der Beschuldigte von vornherein daran gehindert wird, eine Strafvereitelung zu bewirken, und daß seine Verteidigungsfunktion zur Vermeidung des Mißbrauches entsprechend eingeschränkt wird (223).

Die eigentliche Gefahr der Strafvereitelung durch den Beschuldigten liegt auf dem Gebiete der Ermittlungsaufgabe des Verfahrens. Infolgedessen muß der Beschuldigte daran gehindert werden, die Wahrheitsermittlung zu stören oder zu beeinträchtigen und den Sachverhalt zu verdunkeln. Aus diesem Grunde ist es oftmals erforderlich, den unmittelbaren Kontakt des Beschuldigten zu den Beweismitteln zu unterbinden. Dies kann entweder so geschehen, daß dem Beschuldigten durch Einzelmaßnahmen die Objekte und Unterlagen der Sachverhaltsermittlung, insbesondere auch die Ermittlungsakten, vorenthalten werden, damit diese Gegenstände geschützt sind. Am vollkommensten ist aber die Gefahr des Mißbrauches gebannt, wenn der Beschuldigte durch die umfassende Maßnahme der Untersuchungshaft an jeder strafvereitelnden Tätigkeit gehindert wird.

(222) Vgl. HAUG, 6 und 8; KÖHLER, GerS 53, 230.

(223) Vgl. VON BOMHARD, Recht 1905, 670.

Als Konsequenz der den Beschuldigten treffenden Straferduldungspflicht hat dieser die Einschränkungen seiner Verteidigungsfunktion hinzunehmen. Dadurch erleidet die Verwirklichung des Freiheitszweckes dann keine Einbuße, wenn eine eigene, vom Beschuldigten unabhängige Verteidigungsfunktion besteht.

Wir fassen zusammen: Die Verteidigungsfunktion des Beschuldigten ist nur eine unvollkommene Wahrnehmung des Freiheitszweckes, weil er einmal unfähig ist zu einer umfassenden Verwirklichung dieses Zweckes und weil zum andern in seiner Person die Gefahr des Funktionsmißbrauches besteht, weswegen der unmittelbare Kontakt des Beschuldigten zu den Beweismitteln und Unterlagen der Ermittlung oftmals unterbunden und so seine Funktion entsprechend eingeschränkt werden muß. Überdies ist der Beschuldigte auch nicht verpflichtet, den Freiheitszweck zu verwirklichen. Unter diesen Gesichtspunkten muß die umfassende Verteidigungsfunktion, wie sie aus der Verfahrensaufgabe abgeleitet wird und wie sie anschließend im einzelnen näher für die Person des Verteidigers erörtert werden wird, in der Person des Beschuldigten einschränkend ausgestaltet werden.

B. DIE FUNKTIONEN DES VERTEIDIGERS

Die umfassende, ausschließlich am Freiheitszweck orientierte Funktion ist die des Verteidigers. Sie richtet sich auf den Freiheitszweck in vollem Umfange, insbesondere auch, soweit dieser vom staatlichen Interesse getragen ist (224). Durch diese doppelte Rückführung auf den Freiheitszweck erhält aber der Verteidiger noch keine Doppelstellung (225). Er ist nur zur Verwirklichung des einen Freiheitszweckes berufen. Dabei ist er allerdings nicht nur den Interessen des Beschuldigten verpflichtet (226), er ist insbesondere nicht nur dessen Beistand (227), sondern ein eigenes Rechtspflegeorgan (228), er ist "als Helfer des Beschuldigten Organ der Rechtspflege" (229).

(224) Vgl. BENNECKE-BELING, 135; PFENNINGER, Verteidigung, 178; ROSENFELD, 117.

(225) Wie dies CREIFELDS, Go ltd Arch 1960, 65, meint; ebenso HAFLERLAND, 17; dagegen LUKANOW, 28.

(226) So ALEXANDER, ZStW 51, 59.

(227) Der "alter ego", vgl. KÖHLER, GerS 53, 217.

(228) Vgl. CREIFELDS, Go ltd Arch 1960, 65; DAHS, NJW 1959, 1161; RG,

Der Verteidiger muß die zur Funktionsausübung erforderliche Qualifikation mitbringen. Deshalb können grundsätzlich nur Rechtsanwälte und Rechtslehrer das Verteidigeramt ausüben (230). Außerdem unterliegt der Verteidiger als persönlich Unbeteiligter (231), gleichsam als Außenstehender, nicht den psychologischen Schwierigkeiten, die den Beschuldigten an der Wahrnehmung der Verteidigungsfunktion hindern (232).

1. Keine Mitwirkungsfunktion

Aus der ausschließlichen Orientierung der Verteidigungsfunktion am Freiheitszweck folgt zunächst eine negative Bestimmung. Die Tätigkeit des Verteidigers ist nicht auf die eigentliche Verfahrensaufgabe der Bestrafung des Schuldigen gerichtet, sie ist nicht am Strafzweck orientiert. Der Verteidiger darf zu der Bestrafung des Beschuldigten nichts beitragen (233). Insbesondere hat er auch nicht den Ermittlungszweck anzustreben (234), auch nicht in dem Sinne, daß er die entlastenden Umstände nachzuweisen hätte (235). Dies ergibt sich eindeutig daraus, daß die Schuldlosigkeit des Unschuldigen nicht nachgewiesen zu werden braucht. Der Ermittlungszweck ist ausschließlich

JW 1926, 2756; EBERMAYER, DJZ 1927, 135; HAFFERLAND, 15; GALLAS, ZStW 53, 260; HENKEL, ZStW 54, 42; LUKANOW, 22; dagegen: H.MAYER, SchHAnz 1955, 348; vgl. auch ALEXANDER, ZStW 51, 55 ff.; VON GLEISPACH, 103.

(229) LUKANOW, 28; SEBERT, JR 1961, 679.

(230) Vgl. § 138 StPO.

(231) Ein persönlich beteiligter Rechtsanwalt kann nicht Verteidiger sein, vgl. LÖWENSTEIN, DJZ 1932, 1409.

(232) Vgl. ALSBERG, 7.

(233) Er ist kein Gehilfe des Gerichts, vgl. ALEXANDER, ZStW 51, 60; VON BOMHARD, Recht 1905, 670; EBERMAYER, DJZ 1927, 136; KLEIN-KNECHT-MÜLLER, § 137, Anm.2; VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 30.

(234) Wie CREIFELDS, GoldArch 1960, 65, irrig meint; obwohl der Freiheitszweck auch vom staatlichen Interesse getragen wird, folgt daraus noch nicht, daß der Verteidiger sämtliche staatlichen Zwecke anzustreben hätte; zu weitgehend auch TÖWE, GerS 107, 87.

(235) Wie dies gefordert wird bei FINGER, 76; ebenso ZU DOHNA, 71; HENKEL, Strafverfahren 1943, 227; VON LISZT, DJZ 1901, 180 f.; vgl. auch VON STACKELBERG, AnwBl 1959, 196.

Bestandteil des Strafzweckes. Für den Freiheitszweck streitet die *praesumptio boni viri*. Infolgedessen hat der Verteidiger keinerlei Mitwirkungsfunktion (236) (237).

Es ist selbstverständlich, daß der Verteidiger nicht an einer ungerechten Bestrafung des Beschuldigten beteiligt sein darf, seine Tätigkeit darf sich nicht auf das Beeinträchtigungsinteresse richten. Dies gilt insbesondere auch für die nicht erweisbare Schuld des Beschuldigten, so daß der Verteidiger die nur ihm zuteil gewordene Kenntnis von der Strafbarkeit des Beschuldigten nicht in das Verfahren einführen darf.

2. Keine Verdunkelungsfunktion

Die Funktion des Verteidigers darf aber auch nicht auf das Interesse der Strafvereitelung abzielen (238). Insbesondere ist es ihm verboten, dem Ermittlungszweck entgegenzuarbeiten und durch Verdunkelung der Sachverhaltsfest-

- (236) Insofern ist es zu weitgehend, wenn Eb.SCHMIDT, DRiZ 1959, 16, formuliert, das Strafverfahren sei "ein funktionales Zusammenspiel der ...beteiligten Behörden und Personen, das ... auf Wahrheitsfeststellung und Gerechtigkeitsfindung" tendiert; wie im Text GALLAS, ZStW 53, 260; SCHORN, AnwBl 1959, 208; vgl. auch RGSt 77, 155; BGHSt 13, 343; SCHLIEPER, DRiZ 1931, 329.
- (237) Eine gewisse mittelbare Wirkung geht von der Verteidigung allerdings auf die Realisierung des Strafzweckes aus, soweit nämlich die Verfolgungsorgane durch die Tätigkeit (oder auch schon durch die bloße Existenz) der Verteidigung gezwungen werden, die Strafverfolgung exakt und gründlich zu betreiben. Diese mittelbare Wirkung darf aber nicht zur Aufgabe der Verteidigung gerechnet werden, wie es irrigerweise ULLMANN, 254, tut.
- (238) Daher formuliert GÜDE, AnwBl 1961, 4, unzutreffend, wenn er es als die Funktion des Verteidigers bezeichnet, der Anklage entgegenzuwirken; ähnlich, jedoch ebenfalls unzutreffend, ROSENFELD, 117, der als Aufgabe des Verteidigers die "Abwehr des Klageangriffs und des Strafanspruchs" nennt; auch ULLMANN, 244, formuliert mißverständlich: "Verteidigung bedeutet die Abwehr des strafrechtlichen Angriffs zum Zwecke der Abwendung rechtlich nicht begründeter Maßregeln und Entscheidungen." Richtigerweise dürfen nur diese unbegründeten Maßnahmen selbst, nicht aber die Verfolgung schlechthin, abgewehrt werden.

stellung die Bestrafung zu vereiteln (239). Dies würde vom Freiheitszweck nicht mehr gedeckt werden, der ja dann nicht mehr in Geltung ist, wenn der aufklärbare Sachverhalt sich als strafbarer Tatbestand erweist. Der Verteidiger hat keine Verdunkelungsfunktion (240).

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß nicht jede Hinderung der Sachverhaltserforschung schlechthin schon eine Verdunkelung darstellt und bereits deshalb verboten wäre. Nur soweit die Ermittlungen in justizförmiger Weise vorgenommen werden, handelt es sich um zulässige Sachverhaltserforschung; diese darf nicht gestört werden. Die Verhinderung dieser Sachverhaltserforschung wäre Verdunkelung.

Soweit jedoch die Ermittlungen nicht justizmäßig, also entweder mit unzulässigen Mitteln oder in unzulässiger Weise, betrieben werden, liegt eine unerlaubte Beeinträchtigung vor. Es handelt sich dann nicht mehr um (zulässige) Sachverhaltserforschung. Die Hinderung dessen ist keine Verdunkelung, sondern fällt bereits in den Bereich der Verteidigung.

3. Die Beratungsfunktion

Aufgabe des Verteidigers ist es, die Bestrafung im Bereich des Freiheitszweckes zu verhindern. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß nicht er allein dieses Ziel anstrebt, daß auch der Beschuldigte selbst eine Verteidigungsfunktion hat. Diese beiden Funktionen können nicht unabhängig voneinander ausgeübt werden, sie sind vielmehr zu koordinieren. Der Grund für die zwiefache Anerkennung der Verteidigungsfunktion, sowohl in der Person des Beschuldigten selbst als auch in der des Verteidigers, ist nicht etwa darin zu suchen, daß die Verwirklichung des Freiheitszweckes aus sachlogischen Gründen eine Aufteilung in zwei Funktionen erfordern würde, wie dies z.B. bei der Trennung der Straffunktion in Anklage- und Urteilsfunktion der Fall ist. Das Ziel der Verteidigung, nämlich die Realisierung des Freiheitszweckes, könnte auch erreicht werden, wenn sie nur dem Verteidiger anvertraut wäre. Die Verdoppelung der Verteidigungsfunktion geschieht vielmehr allein aus Rücksicht auf die Personhaftigkeit des Beschuldigten: Er muß als Rechtssubjekt

(239) Vgl. § 59 der Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufes, zitiert bei DAHS, NJW 1959, 1160; EBERMAYER, DJZ 1927, 138; HAERLAND, 16 und 44; VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 30; LÖWENSTEIN, DJZ 1914, 1409; LUKANOW, 29; H. MAYER, SchlHAnz 1955, 348.

(240) Vgl. RGSt 66, 326.

selbst und persönlich an seiner Verteidigung beteiligt sein. Weil er jedoch zu einer wirksamen und umfassenden Ausübung der Verteidigung nicht fähig ist, kann sie ihm nicht allein zugewiesen werden. Es liegt also keine Aufteilung der Verteidigung auf zwei Verfahrensbeteiligte vor, so daß jeder (Verteidiger und Beschuldigter) einen gesonderten Teil ausüben würde, sondern eine doppelte Zuweisung jeweils dieser gesamten Funktion an beide Träger. Der Beschuldigte hat keine Funktion, die nicht auch dem Verteidiger obliegen würde. Gerade dieser Umstand, daß beide dieselbe Funktion ausüben, verlangt die Zusammenarbeit beider Funktionsträger. Insbesondere soweit der Beschuldigte aufgrund eigener Unfähigkeit gehindert ist, die ihm zugewiesene Verteidigung selbst richtig auszuüben, erfordert dies einen engen Kontakt mit dem Verteidiger als dem juristischen Fachmann zum Zwecke der Beratung (241).

Ein zweiter Grund erfordert das Zusammenwirken von Beschuldigtem und Verteidiger: Obwohl der Beschuldigte selbst auch eine Mitwirkungsfunktion in Form der Sühnefunktion hat, soll er diese Mitwirkung doch nicht unwillentlich, gleichsam zufällig vornehmen. Er soll die Entscheidung, ob er den Strafzweck fördern will oder nicht, frei fällen können. Dies setzt aber Kenntnis und umfassende Beurteilung der beiden Zweckbereiche des Verfahrens und auch der eigenen Verhaltensweise voraus. Diese Kenntnis dem Beschuldigten zu vermitteln, ist Aufgabe des Verteidigers, ohne daß er damit etwa dem Beschuldigten die Entscheidung über seine Verhaltensweise abnehmen und so gegebenenfalls mittelbar selbst an der Verwirklichung des Strafzweckes mitwirken dürfte.

Daraus ergibt sich die Beratungsfunktion des Verteidigers (242). Wir definieren diese als den ständigen und ungestörten Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, wodurch die Nachteile, die in der Unerfahrenheit und persönlichen Befangenheit des Beschuldigten begründet sind, von dem persönlich unbeteiligten Fachmann ausgeglichen werden.

4. Die selbständige Kenntnisfunktion des Verteidigers

Soweit der Verteidiger selbst den Freiheitszweck anstrebt, hat er ein Vordringen der Straffunktion über die Grenze der beiden Zweckbereiche zu verhindern. Zu diesem Ziele muß er sich zunächst Kenntnis von dem Umfang der beiden

(241) Vgl. VON GLEISPACH, 103.

(242) Vgl. GLASER, 224; ZU DOHNA, 68; HAFLERLAND, 42; KÖHLER, GerS 53, 232; TÖWE, GerS 107, 87.

Bereiche und von der zwischen ihnen verlaufenden Grenze verschaffen (243). Aus dieser Notwendigkeit resultiert die Kenntnisfunktion der Verteidigung.

Soweit sich der Bereich des Freiheitszweckes aus dem Fehlen eines materiellen Strafanspruches ergibt, soweit sich also das Verfahren gegen einen materiell Unschuldigen richtet, bildet die Grenze zwischen den beiden Bereichen die Schuldlosigkeit des Beschuldigten. Hier kann sich der Verteidiger vom Umfang des Freiheitszweckes dadurch vergewissern, daß er den wahren Sachverhalt erforscht, um die Unbegründetheit des Strafanspruches zu erkennen, er hat insoweit eine eigene Ermittlungsfunktion.

Diese Funktion darf nicht mit der Ermittlungsfunktion verwechselt werden, wie sie sich aus dem Ermittlungszweck des Verfahrens ergibt. Sie dient nicht der Feststellung des Sachverhaltes als Grundlage des Verfahrens; dies kann nicht aus dem Freiheitszweck gefolgert werden, da die Schuldlosigkeit nicht nachgewiesen zu werden braucht. Durch die Kenntnisfunktion soll sich der Verteidiger nur die Grundlage verschaffen können, um gegebenenfalls eine Tätigkeit zu entwickeln, durch die dann der Freiheitszweck verwirklicht wird. In etwa hat diese Funktion Ähnlichkeit mit der Aufgabe der Anklagebehörde, zum Zwecke der Anklage den Sachverhalt zu erforschen. Auch diese Aufgabe - wiewohl mittelbar aus dem Ermittlungszweck abgeleitet - bedeutet keine direkte Verwirklichung dieses Zweckes, weil die Sachverhaltsfeststellung nur dem Gericht obliegt.

Die Kenntnisfunktion der Verteidigung muß jedoch, da sie nicht aus dem Ermittlungszweck folgt, außerhalb des Verfahrens ausgeübt werden (244). Dies ergibt sich vor allem daraus, daß dem Verteidiger oft Erkenntnismittel zur Verfügung stehen, die die Anklagebehörde nicht benutzen kann, ohne daß damit schon diese Erhebungen der Verteidigung unzulässig wären, z.B. Zeugen, die ein Aussageverweigerungsrecht haben, oder Urkunden in privatem Besitz u.ä. Insbesondere ist der Beschuldigte selbst hier das vornehmlichste Erkenntnismittel des Verteidigers, das in diesem Maße den Strafbehörden nicht zur Verfügung steht.

Aber auch, soweit es sich um allgemeine, auch den Strafbehörden zugängliche Erkenntnismittel handelt, braucht sich der Verteidiger nicht auf eine

(243) Vgl. GOLDSCHMIDT, Reform, 18; VON DER GOLTZ, DStR 1935, 275.

(244) Vgl. HAFERLAND, 43: "Alle Beweise erhebt der Verteidiger für sich"; ebenso VON HIPPEL, Strafprozeß, 296; Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, Bd. II, vor § 137, RNr. 30.

mittelbare Kenntnisnahme verweisen zu lassen. Wenn der Verteidiger die Erhebung dieser ihm bekannten Beweise durch die Strafbehörden veranlassen und seine eigene Kenntnisnahme auf das Ergebnis dieser Ermittlungen beschränken würde, so würde er durch ein solches Vorgehen notwendigerweise den Ermittlungszweck (als Bestandteil des primären Strafzweckes) fördern. Hierzu ist er nicht verpflichtet; möglicherweise würde er aber dabei seine Aufgabe als Verteidiger verletzen, wenn diese Beweismittel für den Beschuldigten ungünstig sind. Aber ganz generell bedeutet die Beweiserhebung durch die Strafbehörden bereits eine Beeinträchtigung des Freiheitszweckes, weil eine solche im Rahmen des primären Ermittlungszweckes vorgenommene Beweiserhebung unter der Tendenz der Strafverfolgung steht. Dies führt oft zu einseitigen Ergebnissen. Der Freiheitszweck verlangt aber gerade eine Sachverhaltskenntnis, die frei von diesen Entstellungen ist. Der Verteidiger muß die ihm zugänglichen Erkenntnismittel unabhängig ausschöpfen können. Insbesondere, soweit die Kenntnisfunktion die Grundlage einer späteren Korrektur der durch die Strafbehörden geführten Ermittlungen darstellt (245), soweit der Verteidiger also seine Erkenntnismittel als Beweismittel in das Verfahren einführen will, muß sie unabhängig von den Strafbehörden ausgeübt werden (246). Der Verteidiger muß zunächst prüfen, ob diese Mittel den Freiheitszweck fördern, also dem Beschuldigten günstig sind (247). Würde er sie unesehen in das Verfahren einführen, würde er möglicherweise den Strafzweck fördern, was mit seiner Aufgabe in Widerspruch stünde.

Aus alledem ergibt sich die selbständige Kenntnisfunktion des Verteidigers. Es ist die Aufgabe, sich außerhalb des Verfahrens ein möglichst genaues Bild vom gesamten Sachverhalt zu verschaffen, der den Gegenstand des Verfahrens darstellt.

5. Die unselbständige Kenntnisfunktion

Mit der Kenntnis des wahren Sachverhaltes, die zudem auch für den Verteidiger nicht immer zu erlangen ist, kennt er aber noch nicht den Bereich des Freiheitszweckes. Dieser Zweck umfaßt auch diejenigen Fälle, in denen ein strafbarer Sachverhalt nicht nachgewiesen werden kann, also den Bereich, bei dem einem materiellen Strafanspruch kein formeller entspricht. Der ei-

(245) Vgl. unten Ziff. 9.

(246) Vgl. GOLDSCHMIDT, Reform, 17.

(247) Vgl. GROSS, 396.

gentliche Grenzpunkt zwischen den Verfahrenszwecken ist hier die Überführbarkeit (248).

Diese Grenze kann nur aus dem Gesichtswinkel der Straffunktion erkannt werden. Überführbarkeit ist nicht die Möglichkeit der Sachaufklärung schlechthin; es ist die Beurteilung desjenigen Sachverhaltes, der als Ermittlungsergebnis aufgrund zulässiger und justizmäßiger Beweismittel zutage tritt. Um diese Frage der Überführbarkeit beurteilen zu können, darf sich der Verteidiger nicht nur auf die Kenntnis des wahren Sachverhaltes beschränken, sondern muß diesen in seiner Erscheinungsform als "Ermittlungsergebnis" kennen, weil nur dieses Grundlage des Verfahrens ist und sein darf. Die Kenntnisfunktion erstreckt sich deshalb auch auf die Ermittlungen (249), die in Ausübung der Primärfunktion gepflogen werden, also nicht auf den Sachverhalt selbst, sondern darauf, wie dieser Sachverhalt erforscht und dann als Ermittlungsergebnis in den Akten festgehalten worden ist. Insoweit haben wir es mit der unselbständigen Kenntnisfunktion des Verteidigers zu tun.

Dabei ist zu beachten, daß die Frage der Überführbarkeit praktisch keine vorgegebene Größe ist, deren Vorliegen aufgrund bestimmter Voraussetzungen zu beurteilen wäre, wie es z.B. bei der Überführtheit möglich ist. Die Überführbarkeit bezieht sich vielmehr auf das Zustandekommen (dieser Überführtheit), auf die Methode; sie umfaßt vor allem auch die Mittel der Überführung und deren Handhabung. Infolgedessen wird der Kenntnisfunktion des Verteidigers nicht dadurch Genüge getan, daß ihm das Ermittlungsergebnis vorgeführt wird (250). Vielmehr muß er sich auch von der Art und Weise, wie dieses Ergebnis entsteht, Kenntnis verschaffen. Dadurch erst kann er selbständig die Überführbarkeit beurteilen.

Wir definieren die unselbständige Kenntnisfunktion als die Aufgabe des Verteidigers zu erkennen, welcher Sachverhalt innerhalb des Verfahrens ermittelt worden ist und wie diese Ermittlungen zustande gekommen sind.

(248) Vgl. oben Kap.II 2 bei Anm.17.

(249) A.A., jedoch irrig, VON KRIES, 481, der von einem falschen Begriff der Verteidigung ausgeht, vgl. oben Kap.III 9 Anm.97.

(250) So WACH, DStZ 1920, 81.

6. Die Kontrollfunktion

Die Wahrnehmung des Freiheitszweckes erfordert außerdem, daß der Verteidiger erkennt, ob, wo und wie die Grenze zwischen den Zweckbereichen durch die Primärfunktion überschritten und so der Freiheitszweck beeinträchtigt wird, ob also die tatsächliche Überführung des Beschuldigten sich im Rahmen der Überführbarkeit hält. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer beobachtenden Beteiligung an der gesamten Primärfunktion (251), weil nur so eine Beurteilung der Überführung unter dem Aspekt der Identität mit der Überführbarkeit möglich ist (252). Dies ist die Kontrollfunktion (253) der Verteidigung.

Praktisch können beide Bestandteile, unselbständige Kenntnisfunktion und Kontrollfunktion, zusammen ausgeübt werden. Ob eine Ermittlungshandlung nicht vorgenommen werden darf und ob sie dennoch tatsächlich vorgenommen wird, braucht nicht getrennt beurteilt zu werden. Es ist deshalb nicht erforderlich, daß der Verteidiger zunächst die Ermittlungsfunktion (als Bestandteil der Primärfunktion) unabhängig von der Strafverfolgungsbehörde - also gleichsam probeweise und stellvertretend - wahrnimmt, um sich vorab Kenntnis von der Überführbarkeit zu verschaffen. Es genügt, wenn er die Ausübung der Primärfunktion durch die Verfolgungsorgane beobachten kann.

Kontrollfunktion bedeutet demnach die Aufgabe des Verteidigers festzustellen, ob durch das Ergebnis oder durch das Zustandekommen einzelner oder mehrerer Ermittlungen dem Beschuldigten eine Beeinträchtigung widerfährt, die nicht vom formellen Strafanspruch getragen ist.

7. Die Äußerungsfunktion

Der Verteidiger muß die aufgrund der Kenntnis- und Kontrollfunktion etwa festgestellte Unzulässigkeit der Strafverfolgung geltend machen können. Er muß rechtzeitig seine Einwendungen erheben (254). Nur wenn dies den Straforganen zur Kenntnis gebracht wird, kann eine unbegründete Bestrafung, die ja dann gegebenenfalls durch diese Organe erfolgen würde, vermieden

(251) Vgl. JOHN, 952; VARGHA, 592.

(252) Irrig HAFERLAND, 44, der das Tätigkeitsfeld der Ermittlungsbehörde als ein für den Verteidiger unbetretbares Gelände bezeichnet.

(253) Vgl. PETERS, 183.

(254) Vgl. VON DER GOLTZ, DStR 1925, 275.

werden (255). Hieraus ergibt sich die Äußerungsfunktion (256) der Verteidigung. Es ist die Aufgabe, eine in Ausübung der Kontrollfunktion gegebenenfalls festgestellte unzulässige Beeinträchtigung des Beschuldigten den Verfolgungsbehörden zu eröffnen.

8. Die Abwehrfunktion

Die bloße Äußerung i.S. einer Darstellung eines unzulässigen Angriffs auf den Beschuldigten ist in denjenigen Fällen noch keine wirksame Verteidigung, in denen geeignete Gegenmaßnahmen erforderlich sind, um einen solchen unzulässigen Angriff abzuwenden. Wir haben es insoweit mit der Abwehrfunktion der Verteidigung zu tun. Es ist die Aufgabe, durch aktive Gegenmaßnahmen eine unzulässige Beeinträchtigung zu beseitigen oder zu verhindern, wo dies mit der bloßen Gendarstellung nicht möglich ist.

(Dabei muß zur Vermeidung von Mißverständnissen darauf hingewiesen werden, daß es hierbei nicht um die Durchsetzung eines irgendwie gearteten Freiheitsanspruches des Beschuldigten geht. Ein solcher Anspruch besteht nicht als Verfahrensaufgabe, weil der Freiheitszweck Sekundärcharakter hat. Die Abwehrfunktion wendet sich nur gegen eine unzulässige Verfolgung und zielt allein auf die negative Wirkung, eine unzulässige Bestrafung zu vermeiden. Insbesondere soll eine unberechtigte Anklage verhindert werden, weil dies die Initiative zu einer unzulässigen Bestrafung ist. Außerdem hat die Abwehrfunktion die Ermittlungen dann zu hindern, wenn diese nicht mehr mit zulässigen Mitteln oder in unjustizmäßiger Weise betrieben werden (257).)

9. Die Korrekturfunktion

Die Aufgabe der Verteidigung erstreckt sich besonders auch auf das Gebiet der Ermittlungen, wenn ein unrichtiger, dem Beschuldigten ungünstiger Sachverhalt festgestellt worden ist, so daß dann diese Feststellung wieder beseitigt werden muß. Der Verteidiger muß hier ein unzutreffendes Ermittlungsergebnis richtigstellen können. Er hat insofern eine Korrekturfunktion

(255) Vgl. Eb.SCHMIDT, MDR 1951, 6.

(256) Vgl. PETERS, 183.

(257) Vgl. LUKANOW, 29; § 59 der Richtlinien für die Ausübung des Anwalterufes, zitiert bei DAHS, NJW 1959, 1160.

tion (258). Diese Funktion besteht, obwohl der Verteidiger nicht zur Verwirklichung der Ermittlungsaufgabe berufen ist. Sie ist deshalb auch nicht aus der Ermittlungsaufgabe abgeleitet (259). Der Verteidiger braucht die Schuldlosigkeit des Beschuldigten nicht darzutun, indem er den zugrunde liegenden nicht strafbaren Sachverhalt nachweist (260). Gleichwohl wäre es unbillig, der Verteidigung diesen Weg zu versperren, wenn sie durch die Richtigstellung der unzutreffenden Ermittlungen eine ungerechte Bestrafung vermeiden und so den angestrebten Freiheitszweck verwirklichen kann (261). Die Widerlegung unrichtiger Ermittlungen ist nur eine Möglichkeit unter anderen, um den Freiheitszweck zu verwirklichen (262). Es ist nicht die zum Bestandteil des Zweckes erhobene einzige Möglichkeit, wie dies bei der Sachverhaltsermittlung zum Zwecke der Bestrafung der Fall ist. Da die Verteidigung selbst diesen Zweck nicht verfolgt, braucht sie die Feststellung des richtigen Sachverhaltes zur Korrektur der falschen Ermittlungen auch nicht selbst vorzunehmen (263). Sie hat nur die Korrektur durch die Ermittlungsbehörden zu veranlassen. Dies darf allerdings nicht nur eine bloße Anregung sein (264). Außerdem folgt daraus, daß der Nachweis des richtigen, straflosen Sachverhaltes zum Zwecke der Korrektur der unrichtigen Ermittlungen nicht voll erbracht werden muß (265). Die unrichtigen Ermittlungen brauchen nur erschüttert zu werden, es genügt, wenn sich ein non liquet

(258) Vgl. PETERS, 183, der dies die Aufklärungsfunktion nennt.

(259) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 4.

(260) Der Verteidiger ist nicht "Teil eines auf Wahrheitsermittlung gerichteten Mechanismus", wie GALLAS, ZStW 53, 260, meint.

(261) HAERLAND, 16, weist zutreffend darauf hin, daß man den Zweck der Verteidigung nicht mit den Mitteln verwechseln dürfe, die zu seiner Verwirklichung eingeräumt sind.

(262) Vgl. LÖWE-ROSENBERG, 20. Aufl., Vorbem. zu § 137, Anm. 6. SPENDEL, JuS 1964, 466.

(263) Vgl. HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 211; PETERS, 181; deshalb ist die von PETERS, 183, gewählte Bezeichnung "Aufklärungsfunktion" zu weitgehend. Die Verteidigung braucht den wahren Sachverhalt nicht darzutun, braucht nicht "aufzuklären"; vgl. SCHULTZ, JR 1925, 17 Ziff. c.

(264) Wie VON DER GOLTZ, DStR 1935, 273, meint; a.a.O., 275, spricht er richtig von "Herbeischaffen der Beweise"; vgl. auch HAERLAND, 42; VON HIPPEL, Strafprozeß, 277; VON KRIES, 481; VARGHA, 598.

(265) Vgl. FRIEDMANN, 100.

ergibt. Auch dann ist eine Bestrafung nicht mehr möglich und so der Freiheitszweck erreicht.

Die Korrekturfunktion ist somit eine Unterart der Abwehrfunktion; es ist die Aufgabe, unrichtige Sachverhaltsfeststellungen gegenbeweislich zu beseitigen.

10. Die sog. kontradiktorischen Ermittlungen

Es wäre falsch, die Korrekturfunktion am Primärzweck auszurichten und sie als Bestandteil einer kontradiktorischen Wahrheitserforschung zu sehen. Es braucht hier nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob eine solche kontradiktorische Ermittlung möglich und zweckmäßig ist (266). Der Verteidiger ist jedenfalls nicht daran beteiligt, weil seine Funktion ausschließlich am Freiheitszweck orientiert ist, dieser aber keinen Ermittlungszweck enthält. Gegebenenfalls müßte eine solche Ermittlung durch eine besondere Gestaltung (etwa eine Aufteilung in zwei widerstreitende, gleichzeitig nebeneinander wirkende Ermittlungsfunktionen, z.B. die verfolgende des Anklägers und die urteilende des Richters) ermöglicht werden, die dann allerdings ausschließlich von den Strafverfolgungsorganen wahrgenommen werden müßten. Durch eine Beteiligung der Verteidigung an der kontradiktorischen Wahrheitserforschung würde deren Funktion mißbräuchlich genutzt. Ziel der Verteidigung ist nur, die unrichtige Sachverhaltsfeststellung zu Ungunsten des Beschuldigten zu verhindern. Dabei kann der Nachweis des richtigen Sachverhaltes ein Mittel zur Erreichung dieses Zieles sein. Damit ist der Verteidiger aber noch nicht selbst an der Ermittlungsaufgabe aktiv beteiligt (267). Zwar

(266) Dies ist bejaht worden von ALSBERG, 14, der den "Widerspruch als die wahre Wurzel...auch der Wahrheitsfindung" bezeichnet und die Sachverhaltsfeststellung als Synthese aus der These des Angriffs und der Antithese der Verteidigung auffaßt; ebenso GÜDE, AnwBl 1961, 3; ders., DRiZ 1959, 130; ALEXANDER, ZStW 51, 59; HAUG, 4; WACH, Struktur, 27; KLEFISCH, JW 1935, 3350; VON LISZT, DJZ 1901, 179; demgegenüber hat VON HIPPEL, ZStW 41, 28, zutreffend darauf hingewiesen, daß man kontradiktorisch nicht ermitteln könne; ebenso DAHM, ZStW 52, 593; HENKEL, DJZ 1935, 531; SAX, 990.

(267) Dies übersieht auch SPENDEL, JuS 1964, 466, wenn er aus der "Antithetik der prozessualen Betrachtungs- und Denkweise der Prozeßparteien" eine Auswirkung auf die Wahrheitsfindung im Prozeß ableitet. Dabei wird unzulässigerweise die institutionalisierte Beteiligung der Verteidigung an der Ermittlungsaufgabe vorausgesetzt.

ist er verpflichtet, die für den Beschuldigten günstigen Umstände in das Verfahren einzuführen. Diese Pflicht ist jedoch nur aus dem Freiheitszweck abgeleitet und ergibt die Korrekturfunktion des Verteidigers. Es ist keineswegs eine beschränkte Ermittlungsfunktion, die auf die Entlastungen gerichtet wäre und so den Ermittlungszweck anstreben würde. Diesen hat der Verteidiger nicht zu verwirklichen (268). Er übernimmt mit seiner Korrekturfunktion nicht die Aufgabe, an einer richtigen Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, auch nicht beschränkt auf den Teil des Sachverhaltes, der dem Beschuldigten günstig ist (269). Zur Erreichung des Freiheitszweckes ist er an der Feststellung der Entlastung unmittelbar nicht interessiert. Sie dient allenfalls mittelbar der Erschütterung etwaiger unrichtiger belastender Umstände, wofür jedoch eine positive Feststellung der Entlastungen nicht erforderlich ist. Ein non liquet genügt.

Der Vorgang der Sachverhaltsfeststellung darf nicht so verstanden werden, daß die Ermittlungen sich um den Idealpunkt der objektiven Wahrheit einpendeln würden, wobei die Abweichungen bald nach der einen, bald nach der anderen Seite, also entweder zugunsten oder zu Ungunsten des Beschuldigten bestehen, bis sich die Feststellungen möglichst nahe bei dem erwähnten Idealpunkt abgespielt hätten. Vielmehr erfolgt die Ermittlung durch einseitige Annäherung, durch ein "Heranarbeiten" (270), an den Idealpunkt von der Seite der Schuldlosigkeit aus bis zu dem größten Annäherungsgrade, auf den sie zulässigerweise vorangetrieben werden kann. Dabei muß es bei einer solchen ungenauen, näherungsweise vorgenommenen Sachverhaltsfeststellung auch dann sein Bewenden haben, wenn eine stärkere Annäherung an den Idealpunkt der objektiven Wahrheit zwar möglich, aber notwendigerweise mit einer - wenn auch noch so geringfügigen - Abweichung zu Ungunsten des Beschuldigten verbunden wäre. Dies enthielte bereits eine Beeinträchtigung des Freiheitszweckes. Daraus ergibt sich, daß die positive Feststellung der entlastenden Momente kein Bestandteil der Ermittlungsaufgabe ist. Allenfalls trifft dies für das Fehlen dieser Umstände zu. Zur Erreichung des Freiheitszweckes genügt es, wenn

- (268) Das erkennt ZU DOHNA, 71, wenn er unter Ziff.3 seiner Reformforderungen den Untersuchungszweck (d.i. also der Strafzweck) allgemein als "Richtpunkt" auch der Verteidigung bezeichnet.
- (269) Irrig daher VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29: "Die Verteidigung bietet die Gewähr dafür, daß dem Gericht nichts entgeht, was den Beschuldigten entlasten kann."
- (270) Vgl. Eb.SCHMIDT, Justitia, 85.

die Möglichkeit dieses günstigeren Sachverhaltes nicht ausgeräumt werden kann. Infolgedessen ist der Verteidiger am Vorgang der Ermittlungen nicht, auch nicht beschränkt auf die Entlastungen, beteiligt.

Eine solche Aufgabe kann auch nicht aus einem wie auch immer gearteten Rehabilitierungsinteresse gefolgert werden. Die gegen die Anerkennung eines solchen Interesses als Verfahrenszweck sprechenden Gründe wurden bereits oben (271) dargelegt.

Außer dieser fehlenden positiven Feststellungsfunktion ist der Verteidiger aber auch nicht berufen, durch eine negative Verhaltensweise die Sachverhaltsfeststellung zu fördern. Es ist nicht seine Aufgabe, durch Zweifel und Bedenken dergestalt an der Ermittlungstätigkeit der Straforgane mitzuwirken, daß dadurch die zu treffenden Feststellungen erhärtet werden (272). Ziel der kritischen und zweifelnden Tätigkeit des Verteidigers ist nicht, daß der richtige Sachverhalt ermittelt werde, sondern daß kein falscher, ungünstiger festgestellt werde. So hat der Verteidiger allenfalls eine - unrichtige - Sachverhaltsermittlung zu hindern, wozu er gegebenenfalls auch den Nachweis des richtigen Sachverhaltes gebrauchen kann. Eine eigene Ermittlungstätigkeit hat er dadurch noch nicht, weder bezüglich der Belastungen noch bezüglich der Entlastungen, weder in positiver noch in negativer Form. Er kann nicht an einer kontradiktorischen Wahrheitsermittlung beteiligt werden.

C. ZUSAMMENFASSUNG

Die Funktionen des Beschuldigten sind dreifach:

- a) Er hat eine Sühnefunktion, die seinem Interesse an seiner eigenen Bestrafung entspricht und am Strafzweck orientiert ist; diese Funktion übt er freiwillig aus; *nemo tenetur se accusare*.
- b) Er hat eine ebenfalls am Primärzweck ausgerichtete Antwortfunktion, in der der Personhaftigkeit des Beschuldigten Rechnung getragen wird.
- c) Schließlich hat er eine auf sein Interesse am Freiheitszweck gegründete

(271) Kap. II 5 e.

(272) Irrig daher VARGHA, 277, wenn er formuliert: "Die Rolle dieses nach Wahrheit strebenden Widerspruches ist es, welche der Verteidigung im Strafverfahren zufällt."

Verteidigungsfunktion, die jedoch durch die Unfähigkeit des Beschuldigten und durch die Gefahr des Mißbrauches beschränkt ist; auch diese Funktion übt er gegebenenfalls freiwillig aus; *nemo tenetur se defendere*.

Die Funktion des Verteidigers als eines Rechtspflegeorganes ist die umfassende Verwirklichung des Freiheitszweckes, auch soweit ihm ein staatliches Interesse zugrunde liegt. Der Verteidiger übt sie deshalb selbständig und unabhängig vom Beschuldigten aus.

Im einzelnen enthält sie die Beratungsfunktion; die Kenntnissfunktion, die sich als selbständige Funktion auf den wahren Sachverhalt und als unselbständige auch auf die Ermittlungen bezieht; die Kontrollfunktion gegenüber der Tätigkeit der Straforgane; die Äußerungsfunktion und die Abwehrfunktion mit der besonders auf die Sachverhaltsfeststellung gerichteten Korrekturfunktion.

Die Tätigkeit des Verteidigers darf nicht der Verwirklichung des Primärzweckes dienen, er hat deshalb keine Mitwirkungsfunktion; insbesondere ist er nicht an einer kontradiktorischen Wahrheitsermittlung beteiligt. Andererseits hat der Verteidiger aber auch keine Verdunkelungsfunktion.

VII. DIE EINZELNEN RECHTE DES BESCHULDIGTEN UND SEINES VERTEIDIGERS IM VORVERFAHREN

1. Das Recht des Beschuldigten auf Kenntnis des Verfahrensbeginnes

Aus der Antwortfunktion des Beschuldigten ergibt sich, daß dieser in einem gegen ihn betriebenen Verfahren als Verfahrenssubjekt zu beteiligen ist. Dies setzt voraus, daß er von dem Verfahren als solchem Kenntnis erhält (273). Sie ist die Grundlage für jedwede Tätigkeit des Beschuldigten, sei es zum Zwecke der Sühne, sei es zum Zwecke der Verteidigung.

Die Notwendigkeit dieser Kenntnis ergibt sich jedoch auch ohne diesen Zweckbezug, einfach in Anerkennung der Personhaftigkeit des Beschuldigten. Ein Verfahren gegen einen ahnungslosen Beschuldigten behandelt ihn als Objekt, als inquisitus, und mißachtet damit seine Würde. Im Ermittlungsverfahren geht es immer auch um die Belange des Beschuldigten, weil das Verfahren

(273) Vgl. VON HIPPEL, Strafprozeß, 281.

immer einen - wenn auch noch so unsicheren - Verdacht voraussetzt. Dieser darf nicht gegen einen unwissenden Beschuldigten geprüft werden.

Normalerweise erhält der Beschuldigte Kenntnis von dem eingeleiteten Verfahren dadurch, daß er verantwortlich vernommen wird. § 136 Abs.1 S.1 StPO schreibt vor, daß dem Beschuldigten bei seiner ersten Vernehmung zu eröffnen sei, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Diese erste Vernehmung braucht jedoch keineswegs am Beginn des Verfahrens zu stehen (274). Es können andere Ermittlungen vorausgegangen sein. Außerdem sind Fälle möglich, in denen eine Vernehmung des Beschuldigten überhaupt nicht stattfindet, wenn nämlich das Verfahren vorher eingestellt und somit abgeschlossen wird (275). Hier kann es sein, daß der Beschuldigte niemals Kenntnis von dem anhängig gewesenen Verfahren erlangt.

Diese Praxis wird der Antwortfunktion des Beschuldigten nicht gerecht. Es kann dagegen nicht eingewendet werden, der Beschuldigte würde alsbald bei seiner ersten Vernehmung Kenntnis von dem Verfahren erlangen. Diesem Einwand läge die unzulässige Unterscheidung zwischen General- und Spezialinquisition (276) zugrunde, wobei ein genereller Ermittlungszweck anerkannt und der Sachverhalt ohne Rücksicht auf die Person des Beschuldigten ermittelt würde.

Das Verfahren darf aber auch nicht teilweise, nämlich zu Anfang, über den Kopf des Beschuldigten hinweg geführt werden. Deshalb muß die Kenntnis von der Eröffnung des Verfahrens dem Beschuldigten gleich zu Beginn erteilt werden (277). Allerdings braucht dies nicht in Form einer Vernehmung zu

(274) Aus dem gesetzlichen Wortlaut kann geradezu das Gegenteil geschlossen werden, wenn es dort heißt, daß dem Beschuldigten eine Tat "zur Last gelegt wird", und nicht etwa, welcher Tat er verdächtig ist. Daraus ergibt sich, daß bereits ein gewisser Verdachtsgrad, damit aber auch eine gewisse Stufe der Ermittlungen, vorausgesetzt wird.

(275) Vgl. auch Entwurf StPÄG, Art.4, Ziff.3.

(276) Vgl. Eb.SCHMIDT, Strafrechtsgeschichte, 195.

(277) Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß der Beschuldigte zunächst unbekannt ist. Hier hat die Kenntniserteilung zu erfolgen, sobald der Beschuldigte bekannt wird. Die Mitteilung ist nicht etwa Wirksamkeitsvoraussetzung für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, sondern Folge der Eröffnung des Verfahrens.

erfolgen, es genügt eine einfache formlose Mitteilung.

In den Fällen, in denen das Verfahren bereits vor der ersten Vernehmung eingestellt wird, so daß der Beschuldigte also überhaupt nichts von dem Verfahren erfährt, ist der Hinweis nicht durchgreifend, der Beschuldigte werde durch ein solches Verfahren nicht beeinträchtigt. Die Antwortfunktion erfordert die Beteiligung des Beschuldigten ohne Rücksicht auf eine drohende Beeinträchtigung einfach um der Würde des Beschuldigten als Rechtssubjekt willen. Jedes Ermittlungsverfahren tendiert auf einen Anspruch des Staates auf Bestrafung, wenn auch mit noch so großen Vorbehalten. Dieser Anspruch muß immer bei dem Beschuldigten als dem Gegner ankommen, auch wenn er alsbald fallen gelassen wird. Ein Ermittlungsverfahren ist immer auch eine Angelegenheit des Beschuldigten. Hiervon Kenntnis zu haben, ist sein Recht.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz erscheint auch nicht um der psychologischen Belastungen willen gerechtfertigt, die die Kenntnis von einem Ermittlungsverfahren als solchem für den Beschuldigten mit sich bringt. Meist sind diese psychologischen Nachteile weniger belastend als die Ungewißheit des Beschuldigten darüber, ob wegen eines bestimmten Sachverhaltes ein Verfahren gegen ihn geführt wird oder nicht. Etwas anderes kann allenfalls für das erste Anfangsstadium eines Ermittlungsverfahrens gelten, wenn - mangels genügender Sachaufklärung - noch gar nicht feststeht, wer als Beschuldigter in Frage kommt. Hier braucht die Anklagebehörde nicht alle diejenigen Personen zu benachrichtigen, die sie als etwaige Beschuldigte in Erwägung zieht. Hierbei handelt es sich jedoch praktisch um ein "Verfahren gegen Unbekannt". Sobald jedoch die Ermittlungen sich auf bestimmte Personen konzentrieren, sind diese Beschuldigte und müssen als solche behandelt werden. Jede andere Handhabung würde der mittelalterlichen Generalinquisition gleichkommen und die Tat mehr als den Täter bewerten. Dies wäre mit der Würde des einzelnen unvereinbar.

2. Das Recht auf Kenntnis der Ermittlungen

a) Akteneinsicht des Beschuldigten

Mit der Kenntnis vom Beginn des Verfahrens als solchem ist jedoch nur ein Teil der Voraussetzungen gegeben, die für die Tätigkeit des Beschuldigten als Prozeßsubjekt notwendig sind. Zwar ist es ihm nunmehr möglich, gegebenenfalls in Ausübung seiner Sühnefunktion das Seine zur Verwirklichung des

Strafzweckes beizutragen (278). Die Tätigkeit in Ausübung dieser Sühne-funktion ist somit ausschließlich von seinem Willensentschluß abhängig.

Dies ist jedoch nicht der Fall bezüglich der Verteidigungsfunktion. Eine wirksame Ausübung dieser Funktion ist ihm unabhängig von den Strafverfolgungsbehörden nicht möglich. Aus der Ableitung dieser Funktion aus dem Freiheitszweck und aus der inneren Anlehnung dieses Zweckes an den Primärzweck folgt die oben (279) näher dargelegte Kenntnisfunktion als Bestandteil der Verteidigungsfunktion. Diese Funktion richtet sich auf die gegen den Beschuldigten vorgetragene Verfolgung in vollem Umfange. Der Beschuldigte muß sich nicht nur informieren können, daß ein Verfahren gegen ihn eröffnet ist, sondern auch wie die darin enthaltene Verfolgung im einzelnen beschaffen ist (280). Manifestation dieser Strafverfolgung sind die Akten als Grundlage und Niederschlag der Ermittlungen. Damit stellt sich die Frage nach der Akteneinsicht des Beschuldigten.

Ohne auf die Probleme an dieser Stelle einzugehen, die sich auf die Kenntnis des Beschuldigten über den Akteninhalt als solchen beziehen (281), ist festzustellen, daß diese Kenntnis jedenfalls nicht dadurch erreicht werden kann, daß der Beschuldigte die Akten selbst einsieht. Der Beschuldigte in Person bietet nicht die Gewähr dafür, daß er die Ermittlungsakten nicht beeinträchtigen werde. Es ist denkbar und leicht möglich, daß er in unzulässiger Verfolgung eines natürlichen Strafvereitelungs- und Verdunkelungsinteresses Akten beschädigen, verfälschen oder vernichten werde. Die Sorge um die Unversehrtheit der Ermittlungsakten verbietet es, sie dem Beschuldigten persönlich zugänglich zu machen (282). Er hat kein Recht auf Akteneinsicht.

-
- (278) Dies war ihm eigentlich schon vor Beginn des Verfahrens und damit auch vor seiner Kenntnis von diesem Beginn möglich, soweit er im Wege der Selbstanzeige das Verfahren hätte in Gang bringen können. Die sich aus dem Strafzweck als dem Primärzweck ergebende erste Initiative kann - anders als die Anklage als die verdichtete Initiative - auch in Ausübung der Sühnefunktion vom Beschuldigten selbst bewirkt werden.
- (279) Vgl. Kap. VI B 5.
- (280) Vgl. die bei VARGHA, 286, zitierte Sentenz: "Respondere nemo cogitur in iudicio, nisi prius quae proponuntur intellegat."
- (281) Vgl. darüber unten unter 2 c.
- (282) Vgl. LOBE/ALSBERG, JW 1926, 2725; LÜTTGER, NJW 1951, 745; TÖWE, GerS 107, 92.

b) Akteneinsicht des Verteidigers

Die dem Bedürfnis nach Akteneinsicht zugrunde liegende unselbständige Kenntnisfunktion steht neben dem Beschuldigten auch dem Verteidiger als zweitem Träger der Verteidigungsfunktion zu. Auch er muß sich über die Art und das Ausmaß der gegen den Beschuldigten vorgetragenen Verfolgung informieren.

Die aufgezeigten Bedenken gegen die Akteneinsicht des Beschuldigten liegen bezüglich der Person des Verteidigers nicht vor. Er hat nicht, wie der Beschuldigte, ein natürliches Interesse an der Strafvereitelung. Ein diesbezügliches Interesse seines Mandanten anzustreben, verbietet ihm die Standesehre, die als ausreichende Garantie für seine Lauterkeit anzusehen ist (283). Aus der unselbständigen Kenntnisfunktion des Verteidigers ergibt sich dessen Recht auf Akteneinsicht.

Dieses Recht ist in § 147 StPO (auch in der neuen Fassung) nur in beschränktem Maße ausgesprochen. Die gesetzgeberische Neugestaltung bedeutet zwar eine Verbesserung des anwaltschaftlichen Akteneinsichtsrechts. Nach der alten Fassung war dieses Recht in bezug auf das Ermittlungsverfahren überhaupt nicht geregelt und gänzlich dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen. Jetzt enthält die Neufassung des Gesetzes zwar den Grundsatz, daß der Verteidiger generell, also vom Beginn des Strafverfahrens an, die Akten einsehen darf. Absatz II dieser Vorschrift enthält jedoch die praktisch wichtige Möglichkeit, vor Abschluß der Ermittlungen die Befugnis ganz oder teilweise einzuschränken.

Hinter der solchermaßen im Gesetz verankerten Möglichkeit, das Akteneinsichtsrecht zu beschränken, verbirgt sich ein falsches Verständnis vom Wesen des Strafprozesses. Anklage und Verteidigung werden hier als zwei unabhängig voneinander wirkende, gegeneinander gerichtete Verfahrenskräfte verstanden, die sich als These und Antithese in der gerichtlichen Untersuchung zur Synthese vereinigen. Dies entspricht jedoch nicht den zugrunde liegenden Verfahrenszwecken. Die Verteidigung ist nicht als Gegengewicht zur Anklage ausgestaltet, so daß sie mit dieser zusammen die gerichtliche Entscheidung vorzubereiten hätte. Vielmehr steht die Verteidigung als auf den Freiheitszweck gerichtete Verfahrensfunktion gleichermaßen der staatsanwaltschaftlichen wie der gerichtlichen Tätigkeit gegenüber, die beide den Primärzweck erstreben. Infolgedessen hat sich die Kenntnisfunktion des Verteidigers

(283) Vgl. HAMM, DJZ 1910, 445.

auf diese beiden Tätigkeitsbereiche zu erstrecken, die Akteneinsicht also auch auf die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten zu beziehen.

Eine Beschränkung der Akteneinsicht des Verteidigers aus dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Untersuchungszweckes (284) erscheint nicht zulässig (285).

Der Verteidiger darf von der Definition seiner Aufgabe her niemals eine Tätigkeit entfalten, die mit dem Strafzweck in Widerspruch steht. Dies ergibt sich aus dem Korrespondenzverhältnis zwischen dem Strafzweck und dem Verteidigungszweck, den allein der Verteidiger anzustreben hat. Infolgedessen ist es von der theoretischen Betrachtung aus gesehen nicht möglich, daß der Verteidiger den Strafzweck beeinträchtigt. Er hat nur eine unzulässige Bestrafung abzuwenden; "Gefährdung des Strafzweckes" würde Strafvereitelung bedeuten. Dies wird jedoch durch die Aufgabe des Verteidigers nicht mehr erfaßt.

Es soll nicht verkannt werden, daß sich in der Praxis eine Belastung der Strafverfolgung dadurch ergeben kann, daß der Verteidiger durch seine Akteneinsicht die Tätigkeit der Ermittlungsorgane erschwert, weil diese dann nicht mehr ungehindert arbeiten können. Aus diesem Gesichtspunkt ist es gerechtfertigt, dem Verteidiger gewisse Einschränkungen seines Akteneinsichtsrechts insoweit zuzumuten, als ihm die Akten nicht zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens in seine Büroräume mitgegeben werden. Dies ist im Gesetz, § 147 Abs. 4 StPO, vorgesehen. Andererseits ist aber auch eine gewisse Belastung der Ermittlungstätigkeit in Kauf zu nehmen, weil jedes Strafverfahren für den Betroffenen das Risiko einer unberechtigten Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter mit sich bringt. Schließlich bedeutet eine solche Belastung keine wirkliche Gefährdung des Straf- und Untersuchungszweckes.

Um das Akteneinsichtsrecht sachlich zu beschränken, käme dann nur noch der Gedanke einer mißbräuchlichen Tätigkeit des Verteidigers in Frage, mit

(284) D.i. der Strafzweck i.S. der Ausführungen dieser Arbeit. Diese Beschränkung ist gefordert worden von WACH, DStrZ 1920, 81; vgl. auch GOLDSCHMIDT, JW 1920, 233.

(285) Sogar im kanonischen Inquisitionsprozeß wurde volle Akteneinsicht gewährt, vgl. canon "qualiter et quando" cap. 24 X de accusationibus V 1: "non solum dicta sed etiam nomina ipsa testium sunt ei (contra quem facienda est inquisitio), ut quid et a quo sit dictum appareat, publicanda." (Zitiert bei WACH, Struktur, 22.)

der dieser bewußt oder in Verkennung der ihm obliegenden Aufgabe auf eine Strafvereitelung, insbesondere eine Verdunkelung, hinarbeiten würde (286).

Dieses Argument würde aber eine grobe Desavouierung des Verteidigers bedeuten, die schlechterdings abzulehnen ist (287). Der Verteidiger darf grundsätzlich den gleichen Anspruch auf Anerkennung seiner Loyalität und Integrität erheben wie jedes andere an der Verwirklichung staatlicher Strafansprüche beteiligte Rechtspflegeorgan. Ein besonderes gegen die Rechtsanwälte gerichtetes Mißtrauen ist nicht zu rechtfertigen (288).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Aspekt der gegenseitigen Gleichheit der beiden Verfahrensfunktionen, so daß dem Verteidiger die Akteneinsicht zu versagen wäre, weil auch umgekehrt die Strafverfolgungsbehörde die Handakten des Verteidigers nicht einsehen kann (289). Dem ist entgegenzuhalten, daß die Relation der inneren Anlehnung zwischen den beiden selbständigen Verfahrenszwecken durchaus einseitig ist und nur im Verhältnis des Freiheitszweckes zum Strafzweck, nicht aber umgekehrt, besteht. Die unselbständige Kenntnisfunktion ergibt sich nur für die Verteidigung, nicht auch für die Strafverfolgung.

(286) Wie dies von DOCHOW, 453, angenommen worden ist.

(287) Die diesbezüglichen mißtrauischen Bedenken gegen die Anwaltschaft bei DALCKE, GoldArch 9, 161, KÖHLER, GerS 53, 230 und DOCHOW, 453, können nicht geteilt werden; vgl. HAMM, DJZ 1910, 442; ebenso HAUG, 8. Dies gilt auch für die Annahme einer vom Verteidiger ungewollt geschaffenen Verdunkelungsgefahr, die VON DER GOLTZ, DStR 1935, 274, für gegeben hält.

(288) So auch Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar, § 147, Anm.2; HAMM, DJZ 1910, 445; HOLTZENDORFF, 413. Allenfalls ist eine richterliche Aufsichts- und Erziehungsbefugnis durch eine gründliche und sorgfältige Handhabung der Standesgerichtsbarkeit zu billigen; vgl. LUKANOW, 28.

(289) Dies wird von HEINEMANN, 346, vertreten.

Die unselbständige Kenntniskfunktion erfordert ein uneingeschränktes Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht schon im Vorverfahren (290) (291).

c) Das Recht auf Mitteilung der Kenntnis an den Beschuldigten

Oben wurde ein Recht des Beschuldigten auf Akteneinsicht aus dem formalen (292) Argument der Sorge um die Unversehrtheit der Akten abgelehnt. Damit ist jedoch die Frage nicht beantwortet, ob der Beschuldigte sachlich ein Recht auf Kenntnis der Ermittlungen hat, wenn diese Kenntnisnahme möglich ist, ohne daß die erwähnten formalen Bedenken entgegenstehen. Ein solcher formal bedenkenfreier Weg ist die Kenntnisvermittlung durch den Verteidiger. Damit stellt sich die Frage, ob der Verteidiger dem Beschuldigten den Akteninhalt mitteilen darf.

Die Notwendigkeit einer solchen Mitteilungsbefugnis ergibt sich zunächst aus der auch dem Beschuldigten zustehenden unselbständigen Kenntniskfunktion, nach der er sich über die genaue Art der gegen ihn gerichteten Verfolgung orientieren können soll (293).

-
- (290) So grundsätzlich schon Entwurf 1908, 155; vgl. auch FRIEDMANN, 138; GNEIST, 62; GOLDSCHMIDT, Reform, 19 u.30; dagegen: VON DER GOLTZ, DStR 1935, 274, der unzulässigerweise beim Verteidiger eine besondere Ungeschicklichkeit argwöhnt, weil dieser "bei seinen Nachforschungen seine Kenntnis nicht verbergen" könne. Einer solchen Disqualifizierung des Verteidigers kann nicht zugestimmt werden; KÖHLER, GerS 53, 238 und TÖWE, GerS 107, 93, befürworten die Beschränkung der Akteneinsicht ohne nähere Begründung; SIEGERT, ZStW 54, 23, führt zur Begründung an, die Stellung des Beschuldigten müsse zurücktreten, weil dieser nicht als Prozeßsubjekt, sondern als Untersuchungsobjekt zu behandeln sei. Dies widerspricht jedoch der Personhaftigkeit des Beschuldigten.
- (291) Das Akteneinsichtsrecht umfaßt auch die Befugnis zur Anfertigung von Aktenauszügen, vgl. LÜTTGER, NJW 1951, 745; VARGHA, 605; dies ergibt sich auch aus § 147 Abs.4 StPO, wo die Möglichkeit grundsätzlich bejaht ist, die Akten dem Verteidiger in sein Büro mitzugeben. Dies hat hauptsächlich den Sinn, Abschriften zu ermöglichen.
- (292) Vgl. LOBE/ALSBERG, JW 1926, 2725.
- (293) Vgl. dazu FRIEDMANN, 109. Es ist durchaus zulässig, wenn der Beschuldigte diese Kenntnis benutzt, um seine Aussage dem Untersuchungsplan zu "accomodieren"; dies wurde im Gutachten des Appellationsgerichtshofes zu Eisenach, zitiert bei GNEIST, 62, verkannt.

Diese Notwendigkeit wird aber, soweit es sich um die Mitteilung gerade durch den Verteidiger handelt, auch gestützt durch die Beratungsfunktion einerseits und durch die selbständige Kenntnisfunktion des Verteidigers andererseits, weil nämlich sowohl die Beratung des Beschuldigten als auch die Erörterung des eigenen Wissens des Beschuldigten über den Sachverhalt nur möglich ist auf der Grundlage der Kenntnis der Verfolgung.

Dem könnte entgegenstehen, daß der Beschuldigte die solchermaßen erlangte Kenntnis zur Strafvereitelung, insbesondere zur Verdunkelung, zu mißbrauchen droht, indem er vorliegendes Beweismaterial beseitigt oder beeinträchtigt (294). Demgegenüber wäre zu prüfen, ob für eine solche vom Beschuldigten angestrebte Verdunkelung die detaillierte Kenntnis der Verfolgung überhaupt kausal sein kann. Meist wird der Schuldige, der die Strafe vereiteln will, dies versuchen, ohne daß er durch eine entsprechende Ermittlung hierzu veranlaßt wird. Er wird bestrebt sein, die Verfolgung bereits vor ihrem Einsetzen zu verhindern und sie nicht erst später zu stören. Insofern kann durch die Vorenthaltung der Aktenkenntnis nicht erreicht werden, daß der Beschuldigte die Strafvereitelung unterläßt.

Aber auch dann, wenn durch die Aktenkenntnis eine konkrete Vereitelungstätigkeit des Beschuldigten erst möglich wird, weil er entweder erst durch die Akten die Existenz eines Beweismittels erfährt oder weil er erst jetzt auf die Bedeutung eines von ihm bisher unbeachteten Umstandes aufmerksam wird (295), scheint die Vorenthaltung der Aktenkenntnis nicht das zulässige Mittel zu sein, um die drohende Verdunkelung durch den Beschuldigten abzuwehren. Durch diese Maßnahme würde nämlich auch die Verteidigungsfunktion selbst behindert werden, obwohl dies zur Vermeidung einer Strafvereitelung nicht erforderlich ist. Das gewählte Mittel (nämlich die Beschränkung der Verteidigung) stünde somit in unangemessenem Verhältnis zum angestrebten Zweck (nämlich der Verhinderung der Strafvereitelung).

Die aufgezeigte Problematik kann auch nicht nach den Grundsätzen der Interessenabwägung gelöst werden, weil es bei dieser Frage nicht um eine Interessenkollision geht. Strafverfolgung und Verteidigung, also die anerkannten In-

(294) Vgl. HEINITZ, JR 1961, 244.

(295) So daß möglicherweise die geplanten Maßnahmen von der Akteneinsicht auszuschließen wären oder daß der Verteidiger dem Beschuldigten keine Kenntnis davon vermitteln dürfte; vgl. ROSENBERG, 322; LÜTTGER, NJW 1951, 746.

teressen, stehen nicht in Widerspruch; ein solcher besteht nur zur Strafvereitelung; diese ist jedoch nicht als Interesse anerkannt. Weil demnach bei ordnungsgemäßer Ausübung der Verfahrensfunktionen eine Interessenkollision nicht auftritt, besteht das Problem hier lediglich darin, diese ordnungsgemäße Ausübung zu garantieren und einen (strafvereitelnden) Mißbrauch der Verteidigung zu verhindern. Man kann jedoch der Gefahr des Mißbrauches der Verteidigungsfunktion nicht dadurch begegnen, daß man diese Funktion beschränkt und insoweit entzieht. Dadurch würde auch der Gebrauch vereitelt werden. Etwas anderes kann nur gelten, wenn für den Entzug ein gleichwertiger Ersatz geschaffen ist, so wie es für die nicht zulässige persönliche Akteneinsicht des Beschuldigten durch die Einräumung des Akteneinsichtsrechtes des Verteidigers geschehen ist. Soweit die Verteidigungsfunktion nicht höchstpersönlich ist, kann sie auch für den Beschuldigten von seinem Verteidiger ausgeübt werden. Dies gilt z.B. (ähnlich wie beim Akteneinsichtsrecht) für die Ausübung der unselbständigen Kenntnisfunktion. Insofern könnte (zur Vermeidung der Strafvereitelung) gefordert werden, daß der Beschuldigte nicht notwendig den Akteninhalt erfährt, weil insoweit durch die Kenntnisfunktion des Verteidigers ausreichend Ersatz besteht. Dies gilt jedoch nicht, soweit die Mitteilung des Akteninhaltes an den Beschuldigten erforderlich ist, um die Beratungs- und die selbständige Kenntnisfunktion zu verwirklichen. Der Verteidiger muß in Ausübung dieser Funktion den Sachverhalt und vor allem auch den Ermittlungsstand mit dem Beschuldigten erörtern (296). Dies ist ohne Mitteilung des Akteninhaltes nicht möglich. Aus der Natur der Sache folgt, daß die Beteiligung des Beschuldigten an dieser Erörterung nicht ersetzt werden kann, weil nur er den unmittelbaren Bezug zum Sachverhalt hat (297). Durch eine Beschränkung der Verteidigungsfunktion durch Vorenthaltung der Aktenkenntnis an den Beschuldigten würde deshalb ein Teil dieser Funktion ersatzlos entzogen werden. Dies ist nicht angängig. Es müssen deshalb zur Verhinderung der Strafvereitelung diejenigen Maßnahmen ergriffen werden,

(296) ROSENBERG, 322, hat aus diesem Gedanken fälschlicherweise das Akteneinsichtsrecht abgelehnt, weil zu befürchten sei, der Verteidiger werde den Beschuldigten für die richterliche Vernehmung "präparieren". Diese Präparation ist jedoch zulässig, da die Mitwirkung des Beschuldigten an der Wahrheitsfindung, also seine Sühnefunktion, absolut freiwillig ist.

(297) Dies übersieht GOLDSCHMIDT, JW 1920, 232, wenn er den Verteidiger zu einer Geheimhaltung der Aktenkenntnis dem Beschuldigten gegenüber verpflichtet will; ähnlich auch HAMM, DJZ 1910, 443.

die nicht die unnötigen und für die Verteidigung abträglichen Konsequenzen haben, wie sie auch von der StPO in Form der Zwangsmittel wie Untersuchungshaft, Beschlagnahme, Durchsuchung und dgl. bereitgehalten werden. Mit einer solchen Verfahrensweise muß erreicht werden, daß ein Mißbrauch der Verteidigungsfunktion in Form der unselbständigen Kenntnisfunktion unmöglich ist.

Als Ergebnis folgt ein Recht des Beschuldigten auf Mitteilung des Akteninhaltes durch den Verteidiger (298) (299).

3. Das Recht auf Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten

Der Beschuldigte und der Verteidiger sind die beiden einzigen Verfahrensbeteiligten, die eine am Freiheitszweck orientierte Verteidigungsfunktion haben. Aus dieser Tatsache ergibt sich die Notwendigkeit, daß beide Funktionsträger zusammenarbeiten und ihre Tätigkeit aufeinander abstimmen. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Übertragung der Verteidigungsfunktion auf zwei Träger aus der inneren Struktur dieser Funktion i.S. einer Aufteilung erfolgen würde, so daß von jedem der beiden Funktionsträger nur ein Teil wahrgenommen werden könnte, wie es z.B. bei der Aufteilung der Straffunktion in die Anklage- und die Urteilsfunktion geschehen ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Beschuldigter und Verteidiger sind nur deshalb nebeneinander mit der Verteidigungsfunktion betraut, weil der Beschuldigte aufgrund seines Verteidigungsinteresses und seiner Subjektsqualität zwar einerseits selbst die Möglichkeit haben muß, den Freiheitszweck zu realisieren, weil er aber andererseits aufgrund seiner Unfähigkeit und aufgrund der Tatsache, daß dieser Zweck auch von staatlichen Interessen getragen wird, nicht zu einer umfassenden Wahrnehmung in der Lage ist. Daraus ergibt sich, daß beide Verteidigungsfunktionen auf den gesamten Freiheitszweck gerichtet sind. Dieser Zweck wird in seinem gesamten Umfange sowohl vom Beschuldigten als auch von seinem Verteidiger wahrgenommen. Diese gemeinsame Wahrnehmung muß

(298) So auch ROSENBERG, 322; Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, § 147 Anm. 16 bis 19; LOBE/ALSBERG, JW 1926, 2725; TÖWE, GerS 107, 92, stellt die Mitteilung in das Ermessen des Verteidigers.

(299) Aus den dargelegten Erwägungen folgt auch, daß der Verteidiger dem Beschuldigten Abschriften (oder Photokopien) der Ermittlungsakten aushändigen darf, da sich ja die Sorge um die Unversehrtheit der Akten nur auf die Originalakten bezieht. Vgl. dazu LÜTTGER, NJW 1951, 746.

in einer Weise erfolgen, die aufeinander abgestimmt ist (300), damit nicht durch Widersprüche und Unstimmigkeiten zwischen den Handlungen des Beschuldigten und des Verteidigers die Wirksamkeit der Verteidigungsfunktion abgeschwächt werde. Daraus folgt ganz allgemein, daß beiden die Möglichkeit des uneingeschränkten Verkehrs gegeben sein muß.

Dieses Erfordernis ergibt sich aber auch aus den einzelnen Elementen der Verteidigungsfunktion, insbesondere aus der Beratungs- (301) und der selbständigen Kenntnisfunktion. Die Beratungsfunktion hat die Abgrenzung des Straf- und des Freiheitszweckes zum Gegenstand als Grundlage für die Entscheidung des Beschuldigten, welchen Verfahrenszweck er durch sein eigenes Verhalten anstreben will. Da diese Entscheidung aber im freien Belieben des Beschuldigten bleiben muß, ist es nicht möglich, bei der Ausübung der Beratungsfunktion die Strafverfolgungsorgane in irgendeiner Weise zu beteiligen. Dadurch würde die Möglichkeit vereitelt, daß der Beschuldigte an der Erreichung des Strafzweckes nicht mitwirken will. Die Möglichkeit der Mitwirkung würde bereits zur Mitwirkung selbst, der Beschuldigte würde so unwillkürlich das vornehmen, was er doch nur aus freiem Entschluß vorzunehmen braucht. Besonders deutlich wird die Unzulässigkeit der Beteiligung der Strafbehörden in den Fällen, in denen der Beschuldigte nicht bereit ist, an der Straffunktion mitzuwirken. Dieser - erlaubte - Wille würde durch eine Beteiligung der Strafbehörden mißachtet, da auch bei der beratenden Vorbereitung der Verteidigung Dinge erörtert werden, deren Kenntnis durch die Strafbehörden eine Förderung des Strafzweckes bedeutet.

Aber auch die selbständige Kenntnisfunktion verlangt den uneingeschränkten Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigtem. Insbesondere soweit der Beschuldigte selbst aufgrund seines eigenen Tatbezuges als Beweismittel in Frage kommt, muß der Verteidiger dieses Beweismittel selbständig ausschöpfen können, weil ihm gegenüber der Beschuldigte sich in einer umfassenden Weise eröffnen wird, wie er es gegenüber einem Strafverfolgungsorgan nicht gewillt und auch nicht verpflichtet ist.

Das Recht auf uneingeschränkten Verkehr zwischen Beschuldigtem und Verteidiger ist normalerweise eine Selbstverständlichkeit und hat deshalb auch kei-

(300) VARGHA, 607, hat zutreffend formuliert, daß "jede Trennung des Beschuldigten von seinem Verteidiger während des Prozesses eine Verstümmelung der Verteidigungspartei bedeutet".

(301) Vgl. ZU DOHNA, 71.

ne gesetzliche Verankerung erfahren. Problematisch wird es erst, wenn der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft befindet. Die Rechtsordnung muß für diesen Fall ein besonderes Recht auf Verkehr anerkennen, wie dies auch in § 148 StPO geschehen ist. Es erstreckt sich sowohl auf mündlichen wie auch auf schriftlichen Verkehr.

Allerdings sah das Gesetz in Abs.2 und 3 der alten Fassung dieser Vorschrift die Möglichkeit vor, während des Vorverfahrens diesen Verkehr zu beschränken i.S. einer Kontrolle durch die Straforgane. Diese Möglichkeit sollte auch weiterhin bestehen bleiben (302). Der Grund für diese Einschränkungen wurde in einer Gefährdung des Strafzweckes, insbesondere seines unselbständigen Teiles, des Ermittlungszweckes gesehen (303). Eine solche Einschränkung des Verkehrsrechtes wäre nur gerechtfertigt, wenn durch den uneingeschränkten Verkehr tatsächlich eine Beeinträchtigung des Strafzweckes erfolgen würde, wenn also eine Strafvereitelung, insbesondere eine Verdunkelung, zu besorgen wäre.

Als Ansatzpunkt für eine solche Strafvereitelung kommt zunächst die Person des Beschuldigten in Frage, weil er durch die Begegnung mit dem Verteidiger davon abgebracht werden kann, selbst an der Erreichung des Strafzweckes mitzuwirken, indem er nämlich durch eine solche Begegnung erfährt, daß er zur Mitwirkung nicht verpflichtet ist. Dies ist aber nichts anderes als die Wahrnehmung der dem Beschuldigten zugestandenen Verteidigungsmöglichkeit. Eine Beeinträchtigung des Strafzweckes liegt darin nicht. Die Rechtsordnung hat nur ein zulässiges Interesse an der freiwilligen Mitwirkung des Beschuldigten, nicht an seiner Mitwirkung schlechthin. Diese freiwillige Mitwirkung wird aber durch den uneingeschränkten Verkehr mit dem Verteidiger nicht gefährdet. Es würde vielmehr umgekehrt eine unzulässige Spekulation auf die unfreiwillige Mitwirkung des Beschuldigten darstellen, wenn er durch den kontrollierten Verkehr mit seinem Verteidiger etwa im Irrtum gehalten werden sollte, daß er an der Aufdeckung der Straftat mitzuwirken verpflichtet sei oder daß er eine Erklärungspflicht habe, bei deren Ausübung er sich dann möglicherweise in Widersprüche verfinge, wodurch er ebenfalls den Strafzweck fördern würde. Eine ebenfalls unzulässige Spekulation auf die Mitwirkung des Beschuldigten wäre es, wenn man den Beschuldigten durch die völlige Isolierung von der Außenwelt (einschließlich des Verteidigers) "weich"

(302) Vgl. Entwurf StPÄG Art.3 Ziff.5.

(303) Vgl. Entwurf StPÄG, a.a.O., der von der Gefährdung des "Untersuchungszweckes" spricht.

machen wollte, um ihn so zum Sprechen zu bringen. Eine solche Wirkung der Untersuchungshaft würde von deren Sicherungszweck nicht mehr gedeckt. Es ist durchaus zulässig, wenn sich der Beschuldigte durch eine rückhaltlose Aussprache mit seinem Verteidiger neue Kraft für die weitere Verteidigung schafft. Jede entgegenstehende Absicht würde einer Aussageerschleichung gleichkommen, würde die Freiwilligkeit der Sühnefunktion mißachten und dadurch den Freiheitszweck beeinträchtigen. Eine Förderung dieser Freiwilligkeit durch den Verkehr mit dem Verteidiger ist deshalb keine Strafvereitelung. Eine solche Strafvereitelung durch den unkontrollierten Verkehr wäre nur dann möglich, wenn der Verteidiger seinerseits die Freiwilligkeit des Beschuldigten mißachten würde, indem er ihn ohne Rücksicht auf dessen eigene Einstellung und sittliche Entscheidung von einer Mitwirkung am Strafzweck abhalten würde. Dies käme einer unzulässigen Aussagehinderung und damit einer Verdunkelung gleich. Eine solche Möglichkeit ist jedoch, abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, wie durch eine bloße Unterredung eine solche Willensbeeinflussung des Beschuldigten erfolgen sollte, kaum anzunehmen: Der Verteidiger als persönlich unbeteiligtes Rechtspflegeorgan hat kein Interesse daran, die freiwillige Sühneleistung seines Mandanten zu hindern. Praktisch ist durch den uneingeschränkten Verkehr mit dem Verteidiger eine Verdunkelungsgefahr in bezug auf den Beschuldigten nicht gegeben.

Der zweite mögliche Ansatzpunkt der Strafvereitelung durch den uneingeschränkten Verkehr ist die Person des Verteidigers (304). Es kann sich dabei nur um die Möglichkeit handeln, daß der Verteidiger anstelle des durch die Untersuchungshaft in seiner Handlungsfreiheit beschränkten Beschuldigten für diesen die Sachaufklärung hindert, indem er sich von ihm die nötigen Informationen geben läßt, um Zeugen zu beeinflussen, Beweismittel zu beseitigen und dgl., und so seine Verteidigungsfunktion mißbraucht. Diese Argumentation würde aber dasselbe Mißtrauen gegen den Verteidiger als Rechtspflegeorgan voraussetzen, wie es oben bei der Erörterung der Akteneinsicht bereits als unannehmbar abgelehnt worden ist (305).

(304) Vgl. JOHN, 1027.

(305) Auch die bei VON BOMHARD, Recht 1905, 671, erwähnte Möglichkeit, ein gerissener Häftling könnte den ahnungslosen Verteidiger gleichsam als undoloses Werkzeug mißbrauchen, erscheint lebensfremd. Vgl. dagegen HAMM, DJZ 1910, 445. Auch der Hinweis auf das Kanzleipersonal des Verteidigers als Kollusionsquelle, wie er von WACH, DStrZ

Aus alledem folgt, daß die Gestattung des uneingeschränkten Verkehrs zwischen dem Verteidiger und dem verhafteten Beschuldigten, wie sie nunmehr in § 148 StPO konstituiert ist, gerechtfertigt erscheint (306).

4. Die Vernehmung des Beschuldigten

Die Vernehmung durch die Strafverfolgungsorgane ist der hauptsächlichste Ort, an dem der Beschuldigte im Vorverfahren aktiv beteiligt ist. Dabei kommt die einzigartige Stellung des Beschuldigten in besonderem Maße zur Geltung, woraus sich bedeutsame Konsequenzen für die nähere Ausgestaltung der Vernehmung ergeben. Die besondere Stellung des Beschuldigten folgt daraus, daß er in zwiefacher Weise einen jeweils doppelten Bezug zur Verfahrensaufgabe hat: Einmal hat er einen doppelten Bezug, als er sowohl rechtlich als auch tatsächlich am Verfahren beteiligt ist (307); rechtlich deshalb, weil das Verfahren auf eine, des Beschuldigten, Bestrafung zielt, weil gegen ihn ein Strafanspruch gerichtet ist; tatsächlich deshalb, weil seine Tat als Sachverhalt den Gegenstand des Verfahrens darstellt (308). Zum anderen hat er einen doppelten

1920, 80, ausgesprochen wird, geht fehl: Die gleichen Bedenken richten sich auch gegen die Hilfspersonen der staatlichen Rechtspflegeorgane. Der Verteidiger garantiert auch für sein Büro. Gegebenenfalls wird er von sich aus geeignete Maßnahmen ergreifen müssen, um Unkorrektheiten seines Personals zu verhindern, etwa dadurch, daß er seine Handakten unter persönlichem Verschluß hält.

- (306) So schon Entwurf 1908, 155; vgl. auch HAMM, DJZ 1910, 445; FRIEDMANN, 138; GNEIST, 62; GOLDSCHMIDT, JW 1920, 233; ders., Reform, 30; VON LISZT, Reform, 46; VARGHA, 605; dagegen: KÖHLER, GerS 53, 233; TÖWE, GerS 107, 93; beide ohne nähere Begründung.
- (307) Vgl. zur Doppelnatur des Beschuldigten ALSBERG, 6; WACH, Struktur, 28; BAUMANN, GoldArch 1959, 33; GERLAND, 136; SPENDEL, JuS 1964, 468; STOCK, Strafprozeßrecht, 59 f. u. 84; ders., Festschr.f. Mezger, 436; ROSENFELD, 114; VON GLEISPACH, 97.
- (308) Alle anderen Beteiligten haben jeweils nur einen einfachen Bezug: Richter, Staatsanwalt und Verteidiger nur den rechtlichen (wenn sie Zeuge sind, können sie diese Ämter nicht wahrnehmen, vgl. § 22 Ziff. 5 StPO); Zeugen nur den tatsächlichen. Diese können zwar auch ein Interesse an der rechtlichen Seite des Verfahrens haben. Sie haben insoweit jedoch keine Funktion. Eine Ausnahme stellt (allenfalls) der Nebenkläger dar, wenn er Zeuge ist.

Bezug, als er sowohl den Straf- als auch den Freiheitszweck anstreben kann, er hat eine Sühne- und eine Verteidigungsfunktion.

Grundlage der Beteiligung des Beschuldigten am Verfahren in Form der Vernehmung ist vor allem sein tatsächlicher Bezug zum Sachverhalt als der Verfahrensgrundlage. Zweck der Vernehmung ist nicht so sehr, daß der Beschuldigte Gelegenheit habe, seine rechtliche Verfahrensbeteiligung zu verwirklichen, indem er etwa zum ermittelten Sachverhalt oder auch zu der Art und Weise des Verfahrens würdigend Stellung nimmt oder sonst seine Meinung äußert. In der Vernehmung soll der Beschuldigte vielmehr Gelegenheit haben, über den zugrunde liegenden Sachverhalt auszusagen, also seinen tatsächlichen Bezug zum Verfahren zu erklären. Gleichwohl ist jedoch der rechtliche Bezug zu berücksichtigen. Infolge des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Ebene, wie es sich in der völligen Unterordnung des Ermittlungszweckes unter den Strafzweck erweist, kann die auf das Tatsächliche gerichtete Beteiligung des Beschuldigten nur den Umfang haben, der sich aus der auf das Rechtliche gerichteten Funktion ergibt. Das Verfahren kann nicht wie bei Zeugen die Wissenschaft des Beschuldigten in Anspruch nehmen (309), ohne seine Stellung als Prozeßsubjekt zu berücksichtigen.

Bei dieser Rücksichtnahme auf die Verfahrensbeteiligung kommt nun die zweite Doppelstellung des Beschuldigten zur Geltung: seine Sühne- und seine Verteidigungsfunktion. Entsprechend dieser doppelten, auf das Verfahrensende gerichteten Funktion hat er eine doppelte Funktion, die auf den zugrunde liegenden Sachverhalt als Ausgangspunkt des Verfahrens gerichtet ist. Der Sühnefunktion entspricht eine Aussagefunktion des Beschuldigten, durch die er an der Feststellung als der Grundlage des Strafanspruches mitwirken kann. Dieser Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung ist das Geständnis des Beschuldigten. Andererseits leitet sich aus der Verteidigungsfunktion eine bedingte Aussagefunktion in Form einer Korrekturfunktion ab, durch die ein etwa unrichtig ermittelter Sachverhalt berichtigt werden kann. Dies wird gemeinhin als die Einlassung des Beschuldigten bezeichnet.

Der Umfang dieser beiden Aussagefunktionen, Geständnis und Einlassung, entspricht genau den dahinter stehenden Verfahrensfunktionen des Beschuldigten. Insbesondere ergibt sich hieraus ihre absolute Freiwilligkeit (310). So wie der

(309) Wie dies im Inquisitionsprozeß der Fall war, vgl. WACH, Struktur, 7.

(310) Vgl. WACH, Struktur, 19; SPENDEL, JuS 1964, 467; VON GLEIS-PACH, 149.

Beschuldigte - rechtlich - nicht verpflichtet ist zur Sühne, hat er auch keine Geständnispflicht (311). Er kann an der Aufklärung der begangenen Tat mitwirken, braucht es aber nicht. Andererseits ist er aber auch nicht verpflichtet, im Falle eines unberechtigten Angriffes diesen abzuwehren und durch Darlegung des wahren Sachverhaltes die unrichtigen Ermittlungen zu entkräften (312). Der Beschuldigte darf sich im eigenen Interesse verteidigen, braucht dies jedoch nicht zu tun, insbesondere nicht in Verfolgung eines insoweit auch vorliegenden staatlichen Interesses, dessen Verwirklichung ihm nicht obliegt.

Der Beschuldigte hat bei der Vernehmung nur Gelegenheit auszusagen. Es steht ihm deshalb grundsätzlich frei, auch zu schweigen (313) (worauf er nach der Neufassung des § 136 StPO besonders hinzuweisen ist), er darf zu einer Aussage - mag sie wie immer auch geartet sein - nicht gezwungen werden (314).

- (311) Irrig daher BINDING, DJZ 1909, 164, der die Wahrheitspflicht des Beschuldigten in Form einer lex imperfecta annimmt. Allenfalls besteht eine moralische Pflicht. Dagegen HEINITZ, JR 1961, 244; vgl. auch VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29.
- (312) Dies meint HENKEL, Strafverfahren 1943, 536, ohne nähere Begründung.
- (313) So PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 146; irrig HENKEL, Strafverfahren 1943, 535, der in jedem Falle eine Erklärungspflicht des Beschuldigten annimmt. Ähnlich spricht der Entwurf StPÄG, Begründung zu Art. 4, davon, "der Beschuldigte sei als Prozeßsubjekt an sich verpflichtet, an dem Verfahren durch Erklärungen mitzuwirken".
- (314) So auch PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 152. Soweit das Gesetz nunmehr eine besondere Hinweispflicht auf die Möglichkeit der Aussageverweigerung konstatiert (wie dies bereits von DAHS, AnwBl 1959, 183, gefordert worden war), halten wir eine derart förmliche Belehrung für übertrieben. Es wäre ausreichend, den Beschuldigten zu fragen, "ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle", wie es in der alten Fassung des § 136 StPO formuliert war und wie es der BGH, MDR 1966, 600, auch nach neuem Recht für ausreichend angesehen hat. Wir halten den förmlichen Hinweis auf die Möglichkeit der Aussageverweigerung sogar für bedenklich, weil durch die Ähnlichkeit mit der Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht beim Beschuldigten der falsche Eindruck entstehen kann, im Falle der Aussage die Wahrheit sagen zu müssen. Vgl. dazu die Ausführungen im anschließenden Abschnitt. (Gegen eine ausdrückliche Hinweispflicht - allerdings aus unzutreffenden Gründen - auch HEINITZ, JR 1961, 243, der es - fälschlicherweise - für zulässig hält,

Dabei ist festzuhalten, daß sich das Verbot dieses Zwanges nicht aus der Unzulässigkeit der gegebenenfalls gewählten Mittel ergibt. Dieses Verbot folgt vielmehr aus dem Fehlen einer entsprechenden Pflicht zur Aussage (315). Es ist deshalb müßig, darüber zu streiten, ob es erlaubt sei, mit List den Beschuldigten zur Aussage zu bringen. Auf die Zulässigkeit des Mittels kommt es nicht an (316). Der Zwang ist als solcher verboten. Erlaubt ist allenfalls der Hinweis auf die Gelegenheit zur Aussage; ein Appell an die moralische Verpflichtung zur Aussage ist bereits unzulässig (317).

a) Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten; Recht zur Lüge

Eine besondere Frage ist, ob der Beschuldigte bei seiner Vernehmung auf die beiden Möglichkeiten des Schweigens und der wahrheitsgemäßen Aussage beschränkt ist oder ob er auch eine wahrheitswidrige Aussage machen darf, m.a.W. ob der Beschuldigte ein Recht zur Lüge hat. Das Gesetz selbst beantwortet diese Frage nicht (318). Die Antwort ist dadurch zu finden, daß geprüft wird, ob zur Wahrnehmung der Verteidigungsfunktion des Beschuldigten ein solches Recht erforderlich ist.

Aus der Sühnefunktion kann dieses Recht sicher nicht abgeleitet werden. Der Beschuldigte kann seine Bestrafung dadurch herbeiführen, daß er den wahren Sachverhalt aussagt. Ein falsches Geständnis würde den Beeinträchtigungszweck verfolgen und ist deshalb unzulässig. Der Beschuldigte darf keine Straftat vortäuschen.

den Beschuldigten zur - wahrheitsgemäßen - Aussage zu animieren.) Erforderlich ist jedenfalls die Belehrung, daß der Beschuldigte als solcher verantwortl. vernommen wird, vgl. SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 39.

(315) Vgl. GNEIST, 82.

(316) Die Prozeßordnung hat in Fällen, in denen eine Pflicht gegeben ist, weit schärfere Mittel zugelassen, z.B. die Beugehaft zur Aussageerzwingung bei Zeugen oder auch die Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten selbst, um die Verdunkelung zu unterbinden.

(317) Vgl. GNEIST, 82; HEINITZ, JR 1961, 244, hält diesen Appell aus dem Gedanken der Resozialisierung für zulässig. Richtigerweise kann aber eine Resozialisierung (im Strafverfahren!) erst nach Verurteilung einsetzen. So richtig PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 149.

(318) Vgl. KAISER, 42.

Auch aus der Verteidigungsfunktion ergibt sich nichts anderes, soweit diese auf denjenigen Bereich des Freiheitszweckes gerichtet ist, dem weder ein formeller noch ein materieller Strafanspruch zugrunde liegt. Der Beschuldigte kann hier durch eine wahrheitsgemäße Einlassung die unrichtigen Ermittlungen korrigieren und so eine unbegründete Bestrafung verhindern.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch für die Verteidigungsfunktion des Beschuldigten in Ansehung des Bereiches, dem zwar ein materieller, nicht aber ein formeller Strafanspruch zugrunde liegt, m.a.W. für die Einlassung des Beschuldigten über einen strafbaren, aber nicht nachweisbaren Sachverhalt. Es sei daran erinnert, daß auch dieser Bereich eindeutig zum Freiheitszweck zählt, daß der Beschuldigte insoweit verteidigungsweise einer Bestrafung entgegenarbeiten darf (319). Es ist klar, daß er durch eine wahrheitsgemäße Aussage seine Verteidigungsfunktion nicht wahrnehmen kann: Er würde dadurch gerade die Aufklärung des nicht nachweisbaren Sachverhaltes herbeiführen. Der Freiheitszweck verlangt aber hinsichtlich dieses Sachverhaltsabschnittes, daß er in seiner Unaufklärbarkeit erhalten bleibe.

Wenn der Beschuldigte über diesen Teil des Sachverhaltes schweigen würde, um keine wahrheitswidrige Aussage abzugeben, müßte es ihm dennoch möglich sein, in Ausübung der (ihm aufgrund seiner Doppelstellung auch obliegenden) Äußerungsfunktion eine Würdigung der Beweislage einschließlich seines eigenen Schweigens abzugeben und so die Unaufklärbarkeit als solche geltend zu machen. Diese Würdigung kann keine Lüge sein, sie ist allenfalls falsch. Lügen kann nur, wer aussagt (320). Praktisch kann jedoch die Einlassung des Beschuldigten nicht in ihre beiden Bestandteile: Aussage und Verteidigung zerlegt werden, vor allem ist dem Beschuldigten selbst eine Trennung unmöglich und unzumutbar (321). Seine Erklärung ist immer einheitlich. Deshalb ist eine verteidigungs-

(319) Dies übersieht HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 225, und DJZ 1935, 536, wenn er vom Schuldigen - auch vom nicht Überführbaren - das Bekenntnis seiner Schuld als Sühneleistung fordert. Dagegen zutreffend PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 149.

(320) Deshalb kann der Verteidiger bei seinen Ausführungen nicht "lügen"; vgl. FRIEDMANN, 98, mißverständlich allerdings 103; vgl. auch H.MAYER, SchIHAnz 1955, 348.

(321) Die Möglichkeit des Beschuldigten zu schweigen ist nicht mit dem Zeugnisverweigerungsrecht eines Zeugen zu vergleichen, worauf PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 146, hingewiesen hat. Dies übersieht die Begründung des Entwurfs StPÄG Art.4.

gungsweise vorgebrachte Einlassung, obwohl sie unter dem Aspekt der Aussage als Lüge erscheint, als zulässig anzusehen. Dem Beschuldigten ist nämlich bezüglich seiner eigenen Handlungen und Wahrnehmungen (nur insoweit taucht das Problem der Lüge überhaupt auf) das neutrale Urteil des "ignoramus, ignorabimus", wie es den persönlich unbeteiligten Prozeßsubjekten möglich ist und wie es die Grundlage des non liquet abgibt, verschlossen. Dies folgt vor allem aus der eigenartigen Doppelstellung des Beschuldigten. Er ist sowohl Beweismittel, weil er an dem Sachverhalt beteiligt war, der den Gegenstand des Verfahrens bildet, als auch Verfahrensbeteiligter, der am Ausgang des Verfahrens interessiert ist und von dessen Ergebnis betroffen wird. Hier zeigt sich in augenfälliger und besonderer Weise das Spannungsverhältnis, von dem zu Beginn dieser Arbeit die Rede war: dem "Schuldig" i.S. der Tat steht das "Schuldig" i.S. des Urteils, also des Verfahrens, gegenüber. Diese Spannung schlägt sich auch in der Einlassung des Beschuldigten nieder: sie ist immer zugleich - tatbezogene - Aussage und - urteilsbezogene, also verfahrensbezogene - Würdigung i.S. der Verteidigung, ohne daß sie jedoch praktisch in diese ihre beiden Bestandteile zerlegt werden könnte (322). Aus diesen Überlegungen folgt jedoch, daß die Einlassung des Beschuldigten nicht einseitig als Aussage behandelt werden kann. Deshalb kann auch der Beschuldigte niemals dem Verbot der Lüge unterliegen, weil sich dieses nur an eine reine Aussageperson richten kann.

Aber selbst wenn sich der Beschuldigte bei seiner Vernehmung auf eine Aussage beschränkt, kann er die Unaufklärbarkeit eines belastenden Sachverhaltes nicht immer dadurch aufrechterhalten, daß er gar keine Aussage macht. Insbesondere ist es ihm oft nicht möglich zu erklären, er könne sich nicht mehr erinnern (was übrigens ebenfalls eine unwahre "Aussage", also eine Lüge, sein kann).

Denn diese Unaufklärbarkeit eines tatsächlichen Geschehens setzt oftmals den Aspekt des Außenstehenden, Unbeteiligten, voraus. Für den Beschuldigten gibt es jedoch diesen beobachtenden Standpunkt nicht, wenn es um Ereignisse geht, bei denen er selbst beteiligt war. Dieser Gedanke ist für das Zivilprozeßrecht in § 138 Abs.4 ZPO anerkannt, wo das Bestreiten durch die Erklärung mit Nichtwissen bezüglich eigener Handlungen und eigener Wahrnehmungen für unzulässig erklärt ist. Wenn sich auch im Strafprozeß eine solchermaßen streng formelle Regelung verbietet, so gilt doch auch hier der Kern dieses

(322) Diese Situation des Beschuldigten hat ROSENFELD, 115, zutreffend das "Dilemma seiner Doppelstellung" genannt.

Rechtsgedankens. Für diese Aussage über eigene Handlungen gibt es oftmals nur die Alternative der positiven oder negativen Erklärung. Deshalb ist in diesen Fällen eine neutrale Erklärung zwar nicht unzulässig, aber doch unglaublich (323). Aufgrund seiner unmittelbaren Beziehung zum tatsächlichen Geschehen erwartet man vom Beschuldigten, daß er einer belastenden Tatsache, die er als unrichtig bezeichnet, die Erklärung des richtigen Sachverhaltes entgegengesetzt. Infolgedessen würde der Beschuldigte durch eine Erklärung mit Nichtwissen oder auch durch bloßes Schweigen über solche Tatumstände deren Richtigkeit bekunden und so den Ermittlungszweck und damit den Strafzweck fördern. Die Verteidigungsfunktion erfordert demnach, daß er eine positive - allerdings unrichtige - Aussage macht.

Hieraus folgt das Recht des Beschuldigten zur Lüge in dem aufgezeigten Umfange (324).

b) Die Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten

Die Vernehmung des Beschuldigten steht, wie ausgeführt wurde, im Dienste sowohl seiner Sühne- als auch seiner Verteidigungsfunktion. Durch diesen letzten Umstand berührt sie auch den Tätigkeitsbereich des Verteidigers. Soweit der Beschuldigte bei seiner Vernehmung auf den Freiheitszweck hinarbeiten will, bedarf er insoweit auch des Beistandes seines Verteidigers als des juristischen Fachmannes. Es folgt deshalb aus der Beratungsfunktion des Verteidigers die Notwendigkeit, bei der Vernehmung anwesens zu sein (325). Der Verteidiger hat hier die Aufgabe, durch Fragen (326) an den Beschuldigten diesen

(323) Vgl. SCHWARZ noch in der 22. Aufl., § 136 Anm.1 C, und OLG Hamburg, GoldArch 74, 315, wo ausgesprochen ist, daß aus dem Schweigen des Beschuldigten seine Schuld gefolgert werden darf. So auch PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 148.

(324) Zustimmung HAUG, 29; LÖWE-ROSENBERG, 20. Aufl., § 136 a Anm.2; WACH, Struktur, 20; WOLF, ZAkDR 1937, 177; VON LILIENTHAL, DJZ 1914, 29; PFENNINGER, SchweizJZ 1957, 146 mit weiteren Nachweisen. Dagegen, jedoch ohne nähere Begründung, HAFLERLAND, 49; PETERS, 163; HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 225.

(325) Die Anwesenheit des Verteidigers bedeutet noch keine kontradiktorische Ausgestaltung des Vorverfahrens, wie HEINITZ, JR 1961, 244, meint.

(326) GOLDSCHMIDT, JW 1920, 232, hat zutreffend gefordert, daß das Anwesenheitsrecht des Verteidigers immer auch sein Fragerecht mit einschließt. So auch GERLAND, 150; HAMM, DJZ 1910, 443; HORBER, 77, mit näherer Begründung.

zu einer vollständigen Erklärung über die erheblichen und für den Freiheitszweck wichtigen Tatsachen zu veranlassen, deren Bedeutung der Beschuldigte oft nicht zu erkennen vermag (327) oder die er auch in der Aufregung vergessen kann. Außerdem wird der Verteidiger dem Beschuldigten bei seiner Aussage Formulierungshilfe zu leisten haben (328), da der Beschuldigte oft unbeholfen im Ausdruck ist, eine Unterstützung in dieser Unbeholfenheit durch die Straforgane aber oft unter der einseitigen Tendenz der Verfolgung stehen kann.

Das Recht zur Anwesenheit des Verteidigers ergibt sich aber auch aus der unselbständigen Kenntnisfunktion, weil er sich darüber informieren muß, was der Beschuldigte in seiner Vernehmung erklärt. Den Verteidiger in diesem Punkte auf die Einsicht in die Protokolle zu verweisen, bedeutet nur einen unzureichenden Ersatz, weil die Protokolle im Vergleich zur eigenen Wahrnehmung nur eine mittelbare Kenntnis verschaffen können.

Eine Beschränkung oder Verweigerung des Anwesenheitsrechtes des Verteidigers kann nicht damit begründet werden, daß eine Strafvereitelung oder Verdunkelung verhindert werden soll. Der Verteidiger birgt nicht die Gefahr, den Beschuldigten zu einer falschen Aussage zu veranlassen oder ihn von einem beabsichtigten Geständnis abzubringen: Er verfolgt kein Strafvereitelungsinteresse. Eine entsprechende Verdächtigung ist unzulässig (329).

Soweit die Vernehmung deshalb in Abwesenheit des Verteidigers durchgeführt werden soll, um den Beschuldigten gegen seinen Willen zu einer wahrheitsgemäßen Aussage oder zu einem Geständnis (330) zu bringen (331), würde dies einen unzulässigen Einfluß bedeuten. Die Sühnefunktion des Beschuldigten

-
- (327) GRIMM, DJZ 1931, 407, weist auf die Gefahr des falschen Geständnisses in der geheimen Untersuchung hin. Vgl. auch KLEFISCH, JW 1935, 3351; SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 39.
- (328) Diese Formulierungshilfe wird von DAHS, AnwBl 1959, 184, für schriftliche Einlassungen bejaht.
- (329) Vgl. HAMM, DJZ 1910, 442.
- (330) GNEIST, 63, bezeichnet jedes unkontrollierte Verhör als belastet mit der Tendenz auf ein Geständnis. Vgl. auch KRACH, AnwBl 1959, 215.
- (331) Diese Meinung wird von ASCHROTT, Reform 1908, 63, vertreten. Vgl. auch HAMM, DJZ 1910, 442, der von einer "ungestörten Aussprache zwischen Richter und Beschuldigtem" spricht. Ähnlich GNEIST, 61; HEINITZ, JR 1961, 244; ROSENBERG, 331.

ten ist absolut freiwillig, der Beschuldigte darf nicht unter Mißachtung dieser Freiwilligkeit zu einer angeblichen "Sühneleistung" veranlaßt werden. Dies schließt allerdings nicht aus, daß die Straforgane im Rahmen der ihnen obliegenden Fürsorgepflicht den Beschuldigten über seine Prozeßsituation aufklären (332) und ihm dabei den Rat geben dürfen, ein Geständnis abzulegen. Eine solche rechtsfürsorgende Tätigkeit kann jedoch durchaus in Gegenwart des Verteidigers erfolgen und wird dadurch nicht erschwert (333). Es ergeben sich hieraus keine Argumente für die Abwesenheit des Verteidigers. Diese könnte nur deshalb erwünscht sein, weil der Beschuldigte unter Umgehung seiner Freiwilligkeit zu einer Aussage gebracht werden soll (334). Dies bedeutet jedoch eine unzulässige Beeinträchtigung (335). Soweit die Anwesenheit des Verteidigers eine solche Beeinflussung durch die Straforgane unterbindet (336), stellt dies nur die zulässige Wahrnehmung der Verteidigungsfunktion dar.

Es erweist sich, daß der Verteidiger berechtigt sein muß, bei allen (richterlichen und anderen) Vernehmungen des Beschuldigten anwesend zu sein (337); im Gesetz ist dies lediglich für die richterlichen Vernehmungen anerkannt, §§ 169 Abs.1, 192 Abs.2 StPO.

5. Die Anwesenheit bei Ermittlungen

Das Bedürfnis nach Anwesenheit der die Verteidigungsfunktion ausübenden Verfahrensbeteiligten bei der Erhebung der Ermittlungen im Vorverfahren, insbesondere bei den Vernehmungen der Zeugen, ergibt sich aus der unselb-

(332) Vgl. hierzu BGHSt 1, 387; SCHWARZ-KLEINKNECHT, 7 Einl.B und § 136 Anm.3; Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar II, § 136 RNr.18.

(333) Vgl. SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 136 Anm.3, wo die Beratung zur Aussage durch den Vernehmenden auch gegen den Wunsch des Verteidigers für zulässig angesehen ist.

(334) Vgl. etwa WACH, DStrZ 1920, 81; wenn hier gefordert wird, den Beschuldigten unter Ausschluß des Verteidigers zu vernehmen, um ihn zu einer "freimütigen" Äußerung zu veranlassen, ist dies eine unzulässige Beeinflussung, weil auf die Ungeschicklichkeit des rechtsunkundigen Beschuldigten gerechnet wird.

(335) Vgl. Eb.SCHMIDT, Lehrkommentar II, § 136 RNr.17.

(336) Vgl. JOHN, 957.

(337) So auch Entwurf 1908, 155; GOLDSCHMIDT, Reform, 30; SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 39; dagegen: KOHLER, GerS 53, 243.

ständigen Kenntnis- und der Kontrollfunktion (338) der Verteidigung (339). Auch hier kann - ähnlich wie beim Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten - diesen Funktionen nicht dadurch Genüge getan werden, daß nach Erledigung einer Ermittlungshandlung im Wege der Akteneinsicht der Zugang zu den Protokollen eröffnet wird, weil dieser Weg nur eine mittelbare Kenntnis vermittelt. Es ist jedoch eine unmittelbare Kenntnis erforderlich, die sich insbesondere auch auf das Zustandekommen des Ermittlungsergebnisses zu erstrecken hat (340), welches sich nicht gänzlich aus den Protokollen ergibt.

a) Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers

Das solchermaßen begründete Anwesenheitsrecht bezieht sich zunächst auf die Person des Verteidigers und wird insoweit noch gestützt durch die ihm auch obliegende Kontrollfunktion. Die Vorerhebung der Beweise durch die Strafverfolgungsorgane steht unter der psychologischen Belastung der einseitigen Ausrichtung der Strafverfolgung auf den Strafzweck (341). Dieser Einseitigkeit ist das Gegengewicht der Anwesenheit des Verteidigers entgegenzusetzen, der durch seine Beteiligung (342) an der Beweiserhebung zu einer objektiven und richtigen Sachverhaltsfeststellung beitragen kann (343). Dabei ist es wichtig, daß diese Beteiligung frühzeitig von Anfang des Verfahrens an erfolgt, weil eine einmal stattgefundene unrichtige oder auch nur einseitige Ermittlung sich leicht festigt und später nur schwer wieder korrigiert werden kann (344). Gerade die ersten Ermittlungen bestimmen die Richtung und den wei-

(338) Vgl. ROSENBERG, 327.

(339) Zustimmend: ZU DOHNA, 71; Entwurf 1908, 155; GNEIST, 61; GOLDSCHMIDT, Reform, 24; VARGHA, 287 und 605; dagegen: HEINEMANN, 344, der nur eine beschränkte Parteiöffentlichkeit zulassen will; ebenso VON HIPPEL, Strafprozeß, 302; KÖHLER, GerS 53, 243; gänzlich ablehnend HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 212.

(340) Vgl. MITTERMAIER, 78.

(341) Vgl. VARGHA, 395.

(342) Die Anwesenheit des Verteidigers schließt immer auch seine Mitwirkung ein, vgl. GERLAND, 150; GOLDSCHMIDT, JW 1920, 223; HORBER, 77, mit Begründung.

(343) Vgl. JOHN, 953; VON KRIES, 220; MITTERMAIER, 79.

(344) Dies übersieht VON BOMHARD, Recht 1905, 671, wenn er der frühzeitigen Beteiligung der Verteidigung nur strafvereitelnden Einfluß beimißt.

teren Verlauf des Verfahrens oft in entscheidender und damit gegebenenfalls unrichtiger Weise. Außerdem entstehen im Falle einer späteren Korrektur zwischen den einzelnen Ermittlungsergebnissen in den verschiedenen Verfahrensstadien Widersprüche, die ganz generell über die unterlaufenen Unstimmigkeiten hinaus der Sachverhaltsfeststellung als solcher abträglich sind. So erscheint die frühzeitige Beteiligung der Verteidigung auch im - staatlichen - Ermittlungsinteresse geboten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis, daß der Verteidiger seinerseits seine eigene Ermittlungstätigkeit (345) völlig selbständig und von den Straforganen unkontrolliert ausübt (346). Eine auf dieses Argument gestützte Ablehnung der Anwesenheit des Verteidigers würde den unrichtigen Grundsatz der Waffengleichheit anerkennen (347). Der Verteidiger erstrebt aber nicht den Ermittlungszweck, auch nicht beschränkt auf die Entlastungen. Seine Tätigkeit richtet sich insoweit nur auf die Korrektur, also auf eine Beteiligung an der Verwirklichung des Ermittlungszweckes durch die Straforgane. Infolgedessen steht auch diese Tätigkeit nicht unter der vorwärtsgerichteten Tendenz der Straffunktion (und davon abhängig der Ermittlungsfunktion) und ist deshalb auch nicht mit den psychologischen Schwierigkeiten verbunden, die die Grundlage für die Kontrollfunktion der Verteidigung abgeben. Der Verteidiger bedarf nicht einer entsprechenden Kontrolle.

b) Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten

Die Notwendigkeit der Anwesenheit bei den Ermittlungshandlungen ergibt sich auch für den Beschuldigten selbst, da auch er zur Ausübung seiner Verteidigungsfunktion eine unselbständige Kenntnis- und Kontrollfunktion hat. Dieses Recht wird in besonderem Maße gestützt durch die - auch dem Beschuldigten einzuräumende - Korrekturfunktion aufgrund seiner unmittelbaren Beziehung zum tatsächlichen Sachverhalt. Dadurch ist es ihm von allen anderen Beteiligten am ehesten möglich, eine unrichtige Beweiserhebung sofort zu berichtigen, wozu der Verteidiger gegebenenfalls erst eigene Ermittlungen anstellen müßte. Insbesondere bei Zeugenvernehmungen erscheint die Anwesenheit des Beschuldigten bei deren erster Vernehmung geeignet, eine unrichtige Aussage des Zeugen zu verhindern, bevor dieser sich festgelegt hat. Durch die Gegen-

(345) Wie sie sich aus der selbständigen Kenntnisfunktion ergibt und unten unter Ziff. 6 näher dargestellt wird.

(346) Vgl. etwa WACH, DStrZ 1920, 80; ASCHROTT, Reform 1908, 64.

(347) Dies geschieht ausgesprochenermaßen bei ROSENBERG, 327.

wart des Beschuldigten als eines zweiten Beteiligten, der unmittelbare Kenntnis des tatsächlichen Geschehens hat, kann eine für die Sachverhaltsfeststellung günstige Erörterung ermöglicht werden. Das gleiche gilt für eine Augenscheinseinnahme. Insofern liegt die Anwesenheit des Beschuldigten bei der Beweiserhebung auch im staatlichen Ermittlungsinteresse (348).

Die solchermaßen aufgezeigte Möglichkeit, den Sachverhalt durch die Beteiligung des Beschuldigten zu erforschen, kann auch nicht dadurch ausgeschöpft werden, daß die Hinzuziehung des Beschuldigten in das Ermessen der Verfolgungsbehörde gestellt wird, welche eine Gegenüberstellung mit Zeugen oder eine Tatortbesichtigung dann anordnet, wenn sie es für nötig hält. Die Beteiligung des Beschuldigten kann auch dann zur Klärung des Sachverhaltes beitragen, wenn dies nicht vorauszusehen ist. Außerdem würde durch eine solche Regelung das Verteidigungsinteresse des Beschuldigten übersehen, das seine ständige Gegenwart erfordert.

Gegen das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten ist eingewandt worden, daß dadurch der Ermittlungszweck gefährdet werden könnte, weil die Gegenwart des Beschuldigten einen Zeugen daran hindern könnte, wahrheitsgemäß auszusagen (349), weil er den anwesenden Beschuldigten nicht belasten wolle. Dieses Argument ist jedoch nicht durchschlagend; es spricht in einem gewissen Sinne gerade für die hier vertretene Auffassung, insofern, als nämlich die Anwesenheit des Beschuldigten einen Zeugen nicht nur an einer wahren belastenden, sondern noch viel mehr an einer gegebenenfalls beabsichtigten unwahren belastenden Aussage hindern kann. Insofern kann also dieses Argument keine Grundlage für eine generelle Regelung der Anwesenheit des Beschuldigten abgeben. Allenfalls dient es zur Begründung, im Einzelfall die Vernehmung eines Zeugen ohne den Beschuldigten durchzuführen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis rechtfertigen, daß der Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten die Wahrheit nicht sagen werde (350). In diesem

(348) Die Anwesenheit des Beschuldigten bei Ermittlungshandlungen ist durch das Gesetz nur in dem engen Rahmen der §§ 169 Abs.2, 193 StPO anerkannt, also nur für den richterlich Vernommenen und nur bei einer Augenscheinseinnahme oder einer antizipierten Zeugenvernehmung.

(349) Vgl. ASCHROTT, Reform 1908, 64; HAMM, DJZ 1910, 443.

(350) Wie es in § 247 Abs.1 S.1 StPO für die Vernehmung in der Hauptverhandlung geregelt ist. Vgl. auch GOLDSCHMIDT, JW 1920, 232; GNEIST, 61.

Fälle werden die Belange der Verteidigung dann nicht beeinträchtigt, wenn der Verteidiger bei der Vernehmung zugegen ist.

Grundsätzlich folgt auch für den Beschuldigten ein Recht auf Anwesenheit bei den einzelnen Ermittlungshandlungen über die in §§ 169 Abs.2, 193 StPO anerkannten Fälle hinaus.

6. Das Recht auf eigene Ermittlungen

Grundsätzlich ist die Möglichkeit einer privaten Ermittlung eine Selbstverständlichkeit, wie sie beispielsweise auch in Verfolgung eines journalistischen Interesses außerhalb des Strafverfahrens betrieben werden kann. Die Verteidigung auf diese Möglichkeit zu verweisen, ist deshalb keine Gewährung eines besonderen Verfahrensrechtes. Es fragt sich allenfalls, ob diese einem unbeteiligten Dritten zustehende Möglichkeit der Verteidigung etwa aufgrund ihrer Verfahrensstellung entzogen ist (351), weil eine dem Verfahren parallel laufende Beweishebung der Verteidigung die Ermittlungen stören würde. Andererseits könnte sich aus der Aufgabe der Verteidigung eine nähere Ausgestaltung dieser Möglichkeit ergeben.

Die eigene Sachverhaltserforschung hat ihre Wurzel in der selbständigen Kenntnisfunktion der Verteidigung. Diese zielt nicht auf Feststellung des Sachverhaltes, weil der Ermittlungszweck nicht Bestandteil des Freiheitszweckes ist. Es findet deshalb auch nicht parallel zur Sachverhaltsfeststellung der Straforgane eine solche der Verteidigung statt, insbesondere kann die eigene Ermittlung der Verteidigung nicht auf ihre unselbständige Kenntnisfunktion gestützt werden (352). Diese wird durch eine Beteiligung an den amtlichen Ermittlungen verwirklicht. Die selbständige Ermittlungstätigkeit der Verteidigung dient nur gegebenenfalls als Grundlage für die Korrekturfunktion, um eine unrichtige - und ungünstige - Sachverhaltsermittlung zu verhindern (353).

Infolgedessen kann auch die Sachverhaltserforschung der Verteidigung keine

(351) Wie dies behauptet worden ist von FRIEDMANN, 105, weil die Befragung eines Zeugen durch die Verteidigung Suggestivwirkung habe. Vgl. dazu auch GOLDSCHMIDT, Reform, 17.

(352) Dies erkennt VON LISZT, DJZ 1901, 181, der die privaten Ermittlungen als Ersatz für das Akteneinsichtsrecht behandelt; ebenso VON LILIEN-THAL, DJZ 1901, 102.

(353) Vgl. GOLDSCHMIDT, Reform, 17; JOHN, 956.

partielle, etwa auf die Entlastungen beschränkte (354) Teilfeststellung sein, die dann dem Ergebnis der Ermittlungen der Straforgane hinzuzufügen wäre (355), sondern sie richtet sich auf die Nachforschung nach Beweismitteln (356), zu deren Erhebung die Straforgane zu veranlassen sind, weil die gesamte Sachverhaltsfeststellung, auch bezüglich der entlastenden Umstände, von diesen Organen vorgenommen wird. Eine eigentliche Ermittlung mit dem Ziel der Sachverhaltsfeststellung ist demnach durch die Verteidigung nicht erforderlich (357). Die Tätigkeit der Verteidigung hat sich nur auf das Auffinden von Beweismitteln zu beziehen (358) und dabei besonders darauf abzustellen, ob diese erheblich und für den Beschuldigten günstig sind (359). Ein unbedachtes Benennen von Beweismitteln ohne die entsprechende vorausgegangene Prüfung ist nicht möglich, weil dadurch die Gefahr besteht, daß durch ein ungünstiges Beweismittel der Strafzweck gefördert würde (360), wozu die Verteidigung nicht beizutragen hat. Die eigentliche Erhebung dieser Beweise hat dann durch die Strafverfolgungsbehörde zu erfolgen.

Diese auf das Auffinden von Beweismitteln gerichteten Handlungen der Verteidigung sollen Erkundigungen (361) genannt werden.

Aus dem Wesen dieser Erkundigungen folgt, daß sie sich nur auf neue, bisher noch nicht in das Verfahren eingeführte Beweismittel beziehen (362). Zu be-

(354) So ZU DOHNA, 71; HENKEL, Strafverfahren 1943, 227.

(355) Vgl. dazu HAFLERLAND, 42, der meint, der Verteidiger erhebe alle Beweise in Form privater Ermittlungen für sich. Diese Tätigkeit ist damit aber gerade keine "Ermittlung" oder Beweis"erhebung" i.S. des Verfahrens.

(356) Zustimmend KLEE, DJZ 1932, 1469; vgl. auch VON KRIES, 220.

(357) Zu weitgehend deshalb VON HIPPEL, Strafprozeß, 296, der die eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers als dessen Recht und Pflicht bezeichnet. Vgl. auch GALLAS, ZStW 53, 262; VON LISZT, Reform, 32; ROSENBERG, 332; dagegen: KLEE, DJZ 1932, 1469.

(358) Vgl. dazu PETERS, 181; HAFLERLAND, 42; Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, vor § 137, Anm.30 und § 137, Anm.5.

(359) Vgl. GROSS, 396, der allerdings zu weitgehend eine Zeugen"vernehmung" durch die Verteidigung fordert; STOCK, Strafprozeßrecht, 67.

(360) So richtig LÖWENSTEIN, DJZ 1932, 1409; vgl. auch PETERS, 182.

(361) So schon VARGHA, 618, und KÖHLER, GerS 53, 247.

(362) VARGHA, 618, spricht zutreffend von der Ermittlung von Beweisquellen.

reits verfahrensinternen Beweismitteln braucht die Verteidigung keinen eigenen Kontakt aufzunehmen (363), hier genügt die Anwesenheit bei der amtlichen Beweiserhebung.

Eine Einschränkung dieser Erkundigungstätigkeit ist nur gerechtfertigt, wenn sie eine Strafvereitelung darstellt. Diese Gefahr besteht nur in Ansehung des Beschuldigten insofern, als dieser bei seiner Erkundigungstätigkeit Zeugen beeinflussen oder sonst Beweismittel beeinträchtigen kann. Es ist deshalb zulässig, diese Gefahr etwa durch die Untersuchungshaft zu unterbinden und so dem Beschuldigten die Möglichkeit der Erkundigungen zu nehmen.

Diese Tätigkeitsbeschränkung besteht aber nicht für den Verteidiger, da er über den Verdacht der Strafvereitelung erhaben ist. Bei den durch ihn angeordneten Erkundigungen ist eine verdunkelnde Tätigkeit nicht zu besorgen.

Die Erkundigungstätigkeit des Verteidigers kann auch nicht damit abgelehnt werden, daß durch den zu häufigen Gebrauch eines Beweismittels dessen Qualität beeinträchtigt wird. Zwar wäre es grundsätzlich möglich, eine solche Einschränkung der Verteidigungstätigkeit zu begründen (364), obwohl sie keine Strafvereitelung darstellt und deshalb auch jedem unbeteiligten Dritten möglich und erlaubt ist (365). Aus der Stellung des Verteidigers im Verfahren folgt nämlich, daß sich seine Tätigkeit im Verfahren nur soweit erstrecken darf, wie es seine Aufgabe verlangt, wenn dadurch nachteilige, an sich nicht verbotene Folgen für das Verfahren verhindert werden können (366). Gleichwohl ist diese Beschränkung nicht gerechtfertigt. Weil nämlich durch die Erkundigungen neue Beweismittel aufgespürt werden sollen, würde durch eine entsprechende Beschränkung dieser Erkundigungen nicht eine unbeeinträchtigte Verwertung dieser Beweismittel erreicht, vielmehr würden sie erst gar nicht in das Verfahren gelangen. Die Verwertung eines Beweismittels, belastet mit der vorausgegangenen Erkundigung der Verteidigung, ist aber immer noch besser als keine Verwertung. Etwas anderes gilt für Beweismittel, die sich

(363) Vgl. dazu KLEE, DJZ 1932, 1468.

(364) So z.B. das KG, zitiert bei LÖWENSTEIN, DJZ 1932, 1409, das eine eigenständige Beweiserhebung neben dem Gericht umfassend und kategorisch verbietet.

(365) Vgl. dazu LÖWENSTEIN, DJZ 1932, 1409.

(366) Vgl. GALLAS, ZStW 53, 262.

bereits im Verfahren befinden und von den Strafverfolgungsorganen erhoben werden. Darauf erstreckt sich jedoch die Erkundigungstätigkeit der Verteidigung ohnehin nicht (367).

7. Das Beweisantragsrecht

Die selbstverständliche Konsequenz dieser Erkundigungen (i.S. ihrer Verwertung) und das konkrete Erscheinungsbild der Korrekturfunktion ist das Beweis-antragsrecht (368) der Verteidigung. Um diese Funktion ausüben zu können, muß die Verteidigung wirksam die Erhebung der von ihr aufgefundenen Beweise veranlassen können. Eine bloße Anregung (369) genügt nicht. Dadurch wäre die Erhebung der von der Verteidigung aufgespürten Beweise in das Ermessen der Verfolgungsorgane gestellt. Die wirksame Ausübung der Korrekturfunktion erfordert ein formelles Antragsrecht.

Soweit in § 163 a Abs.II StPO ein solches Antragsrecht niedergelegt ist, ist damit die Forderung, die sich aus der Korrekturfunktion ergibt, nicht erfüllt. Das Gesetz bestimmt lediglich, daß die beantragten Beweise zu erheben sind, "wenn sie von Bedeutung sind". Damit hat das Beweisantragsrecht nur den Charakter einer Anregung und spricht nur eine Selbstverständlichkeit aus. Erforderlich ist jedoch, daß das Beweisantragsrecht mit der Beschwerdemöglichkeit für den Beschuldigten ausgestattet wird (370). Nur dann hat die Verteidigung eine wirksame Korrekturmöglichkeit.

(367) In diesem Sinne ist HAFFERLAND, 44, zuzustimmen, der das Tätigkeitsfeld der Ermittlungsbehörden als für den Verteidiger unbetretbar bezeichnet. Ähnlich HENKEL, Strafverfahrensrecht 1953, 211; KLEE, DJZ 1932, 1469.

(368) Vgl. VARGHA, 598; GOLDSCHMIDT, Reform, 19, 24 und 30; ders., JW 1920, 232; ZU DOHNA, 71; TÖWE, GerS 107, 104, der das Beweisantragsrecht allerdings in das Zwischenverfahren verweisen will; vgl. auch RGSt 17, 315.

(369) So VON HIPPEL, Strafprozeß, 277.

(370) Diese Möglichkeit besteht nach derzeitigem Recht nicht. SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 163 a Anm.4, meint lediglich, "auf den Beweis-antrag wird ein Bescheid erteilt". Das genügt indes nicht.

8. Das Schlußgehör

Schon sehr früh und immer wieder ist bei der Kritik des geltenden Strafverfahrensrechts und in den Reformvorschlägen gefordert worden, nach Abschluß der Ermittlungen und vor Anklageerhebung ein Schlußgehör zu gewähren (371). Diese Möglichkeit ist nun in § 169 b StPO de lege lata institutionalisiert.

Ein doppeltes Ziel wird mit dem Institut des Schlußgehörs erstrebt: Einmal sollen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Ermittlungen und Verdachtsgründe in ihrem gesamten Umfang zur Kenntnis gebracht werden (372), zum anderen soll die Verteidigung Gelegenheit haben, durch Gegenbeweise oder Gegendarstellungen gegebenenfalls die Ermittlungen zu berichtigen und auf die Entschließung der Verfolgungsbehörde einzuwirken (373). In der Terminologie dieser Arbeit gesprochen, soll also eine Verwirklichung der unselbständigen Kenntnisfunktion, der Korrekturfunktion und der Äußerungsfunktion erreicht werden.

Es wurde bereits dargelegt, daß zur Ausübung der unselbständigen Kenntnisfunktion das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers, die Mitteilungsbefugnis des Verteidigers an den Beschuldigten und die Anwesenheit beider Verteidigungsträger bei sämtlichen Ermittlungshandlungen notwendig sind. Angesichts dieser unerläßlichen Rechte scheint die Einräumung des Schlußgehörs keine Erweiterung dieser Kenntnismöglichkeiten zu bedeuten. Die Verteidigung kann nichts erfahren, was sie nicht schon vorher hätte erfahren können. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, daß das Ermittlungsergebnis in seiner Gesamtheit sich oft anders darstellen kann als bloß die Summe seiner Einzelelemente. Erst jetzt liegt der volle Tatsachenkomplex zutage, wie er als Grundlage der Hauptverhandlung vorermittelt worden ist. Insoweit kann die Kenntnisnahme vom Gesamtergebnis der Ermittlungen eine Vertiefung der unselbständigen

-
- (371) Vgl. ASCHROTT, Reform 1908, 67; Entwurf 1908, 155; GOLDSCHMIDT, JW 1920, 232; GÜDE, AnwBl 1961, 6; HEINITZ, JR 1961, 244; NAGLER, GerS 73, 166 und 191; SCHMIDT, DJZ 1929, 1087; VARGHA, 420, der von einer "Anklageverhandlung" spricht; KLEINKNECHT, JZ 1965, 153; ablehnend: DAHM, ZStW 52, 601; SCHMIDT-LEICHTNER, AnwBl 1961, 26.
- (372) So schon ASCHROTT, Reform 1908, 67, der in diesem Zusammenhang auch den - irrigen, vgl. oben Kap. V 5 - Gedanken von der Vorbereitung der Verteidigung erwähnt; vgl. auch KAISER, 20.
- (373) Vgl. ASCHROTT, Reform 1908, 68; Entwurf 1908, 155; GÜDE, AnwBl 1961, 6; HEINITZ, JR 1961, 244; SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 169 b Anm. 1.

Kenntnisfunktion darstellen. Insbesondere ist erst jetzt am Schluß der Ermittlungen zu erkennen, in welcher Gesamtschau und -würdigung die Anklagebehörde den ermittelten Sachverhalt sieht und welche Schlußfolgerungen diese aus den Einzelermittlungen zieht. So dient das Schlußgehör der Verwirklichung der unselbständigen Kenntnisfunktion der Verteidigung.

Allerdings ist auf eines hinzuweisen: Die im Schlußgehör vermittelte Kenntnis muß zusätzlich zu den übrigen Befugnissen der Verteidigung hinzutreten; einen Ersatz für das Akteneinsichtsrecht und das Anwesenheitsrecht bei den Ermittlungshandlungen kann das Schlußgehör nicht bilden. Insbesondere gibt das Schlußgehör keine Rechtfertigung für eine Beschränkung bzw. für einen Ausschuß der erwähnten Befugnisse aus dem Gesichtspunkt der angeblichen Gefährdung des Ermittlungszweckes, wie es teilweise auch nach geltendem Recht vorgesehen ist, vgl. §§ 147 Abs.II, 169 Abs.I, 193 StPO. Das Schlußgehör bietet deshalb keinen vollen Ersatz für die erwähnten Beschränkungen, weil die Kenntnisnahme, die erst am Ende der Ermittlungen gewährt wird, nur mittelbar - vor allem gegenüber der Kenntniserteilung durch die Anwesenheit bei den Ermittlungshandlungen - und somit unvollkommen, insbesondere aber verspätet ist. Die Unvollkommenheit ergibt sich daraus, daß die Kenntnisnahme beim Schlußgehör, ähnlich der durch die Akteneinsicht vermittelten, nur auf das Ergebnis, nicht aber auch auf das Zustandekommen der Ermittlungen sich bezieht. Eine diesbezügliche Kenntnis ist jedoch für die Verteidigung wichtig, weil in der Art und Weise des Zustandekommens oft der Grund für die Unverwertbarkeit des Ermittlungsergebnisses liegt. Eine Verspätung ist deshalb anzunehmen, weil die Verteidigungsfunktion u.U. sofort beim Zustandekommen eines Ermittlungsergebnisses eine Gegendarstellung oder eine Korrektur erforderlich macht, damit sich ein unrichtiges Ermittlungsergebnis nicht, auch nicht vorläufig und vorübergehend, festigt. Diese unzulängliche, weil unvollkommene und verspätete Kenntnisvermittlung durch das Schlußgehör beeinträchtigt somit die Verteidigungsfunktion und kann die geforderten Verteidigungsrechte nicht ersetzen.

In einem Sonderfall gewinnt die Möglichkeit des Schlußgehörs besondere Bedeutung: dann nämlich, wenn der Beschuldigte nicht durch einen Verteidiger vertreten ist, so daß die Möglichkeit nicht besteht, Akteneinsicht zu nehmen. Hier ist die Mitteilung durch die Verfolgungsbehörden im Schlußgehör der einzige Weg, den Beschuldigten über die Ermittlungen zu unterrichten, so weit er nicht schon vorher teilweise diese Kenntnis durch die Anwesenheit bei den Ermittlungshandlungen erlangen konnte.

Es folgt, daß die Möglichkeit des Schlußgehörs eine wertvolle Ergänzung der Verwirklichung der unselbständigen Kenntnisfunktion sein kann, weil hier die Ermittlungen in ihrer Ganzheit vorliegen.

Der zweite Grund für die Einführung des Schlußgehörs wird in der Äußerungs- und Korrekturfunktion der Verteidigung gesehen (374).

Auch insoweit gelten die soeben gemachten Ausführungen entsprechend. Niemals kann das Schlußgehör die Korrekturmöglichkeiten ersetzen, wie sie als im Zusammenhang mit den einzelnen Ermittlungshandlungen notwendig dargestellt wurden. Das Ziel der Korrekturfunktion ist in erster Linie die Verhinderung eines falschen Ermittlungsergebnisses, nur hilfsweise dessen Beseitigung. Durch eine Institutionalisierung im Schlußgehör würde aber die Korrekturfunktion auf diese beseitigende Wirkung unzulässigerweise beschränkt werden und vor allem auch das unzutreffende Kampfprinzip zwischen Anklage und Verteidigung anerkannt werden, wie es zu dem - abzulehnenden (375) - Grundsatz der Waffengleichheit geführt hat. Die beiden Verfahrensfunktionen der Anklage und Verteidigung dürfen nicht als sich widersprechende Verfahrenskräfte verstanden werden, welche als These und Antithese zur Synthese des Urteils zu führen hätten. Diese Ansicht wurde bereits damit widerlegt (376), daß das Verfahrensergebnis allein von der Straffunktion (d.i. im Vorverfahren die Anklagefunktion) aktiv angestrebt wird. Gerade das Institut des Schlußgehörs zeigt dies in sinnfälliger Weise. Der weitere Fortgang des Verfahrens, insbesondere die umfassende und endgültige Sachaufklärung in der Hauptverhandlung ist nur über den Weg der Anklage möglich. Eine solche zu verhindern, ist aber gerade das Anliegen des Schlußgehörs (377). An der Aufgabe dieses ausschließlich für die Verteidigung geschaffenen Verfahrensinstituts zeigt sich somit, daß die Verteidigungsfunktion in ihrer Zielsetzung nicht auf das Urteil als das eigentliche Verfahrensergebnis (und seine Vorstufe in Form der Anklage) gerichtet ist. Insofern verbietet sich das Verständnis der beiden Verfahrensfunktionen als gleichwertige Verfahrenskräfte i.S. von *actio* und *reactio*. Die Beteiligung der Verteidigung an der Sachverhaltsermittlung im Wege der Korrektur ist nicht als eine entgegennende, sondern als eine begleitende Berichtigung zu verstehen. Eine Korrektur hat jeweils dann zu erfolgen, wenn

(374) Vgl. HEINITZ, JR 1961, 244.

(375) Vgl. Kap. V B 7.

(376) Vgl. Kap. III 7.

(377) Vgl. KAISER, 20: Das Schlußgehör "soll ... den Beschuldigten vor leichtfertigen Anklagen schützen".

sie durch eine entsprechende Maßnahme in Ausübung der Straffunktion erforderlich erscheint. Infolgedessen kann eine Korrektur sowohl im Zusammenhang mit den einzelnen Ermittlungshandlungen geboten sein (darauf beruhen die bereits erörterten Befugnisse der Verteidigung) als auch nach Abschluß der Ermittlungen durch die von der Verfolgungsbehörde gezogenen Schlußfolgerungen. Diese zweite Modalität der Korrektur hat ihren Platz im Schlußgehör.

Zu bemerken ist noch, daß wegen des Umfangs und der Komplexität des Ermittlungsergebnisses eine gegebenenfalls vorzunehmende Korrektur die vorherige Kenntnis des Akteninhalts erfordert, weil die Verteidigung u.U. noch eigene Erkundigungen anstellen muß (378). Es ist nicht angängig, der Verteidigung im Schlußgehör erstmals die gesamten Ermittlungen zu eröffnen und gegebenenfalls sofort und unvorbereitet eine Stellungnahme zu erwarten. Auch dieses Argument spricht für die Notwendigkeit der Akteneinsicht und der Beteiligung der Verteidigung an den Ermittlungen trotz Einführung des Schlußgehörs.

Schließlich ist ein Motiv für das Institut des Schlußgehörs die Möglichkeit zur Ausübung der Äußerungsfunktion. Obwohl grundsätzlich auch hier gilt, daß die Verteidigung in der Lage sein muß, bei den jeweiligen einzelnen Ermittlungen im Wege der Gegendarstellung ihre Meinung zu bekunden, ist die Gelegenheit zur umfassenden Äußerung gegenüber dem gesamten Ermittlungsergebnis eine wichtige und notwendige Realisierung dieser Verteidigungsfunktion. Es ergibt sich zwar aus der Tatsache, daß im Vorverfahren der Sachverhalt nicht festgestellt, sondern diese Feststellung (in der Hauptverhandlung) nur vorbereitet wird, daß das Ermittlungsergebnis nur vorläufig ist. Insoweit verbietet sich eine eingehende und subtile Erörterung und Würdigung unter Beteiligung der Verteidigung in diesem Stadium des Verfahrens. Aus einem anderen Grunde ist jedoch die umfassende Stellungnahme der Verteidigung gerade in diesem Stadium des Verfahrens geboten: Die Entschließung der Anklagebehörde steht unmittelbar bevor. Darauf Einfluß zu nehmen, ist die wichtigste Möglichkeit für die Verteidigung im Schlußgehör (379).

Ziel dieser Einflußnahme ist es, den Beschuldigten "vor leichtfertigen Ankla-

(378) Vgl. dazu SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 26, der die Wirksamkeit des Schlußgehörs wegen der fehlenden vorherigen Akteneinsicht verneint.

(379) Vgl. GÜDE, AnwBl 1961, 6.

gen zu schützen" (380); es sollen alle die Fälle, in denen schon eine "oberflächliche, summarische Prüfung" (381) den Verdacht beseitigt, aus dem weiteren Verfahren ausgeschieden werden. Dadurch bildet das Schlußgehör einen breiten Filter vor der Hauptverhandlung, es hat eine Art "Siebfunktion" (382). Dieser Aufgabe könnte durch eine schriftliche Stellungnahme die Verteidigung nicht gerecht werden, weil die rechtlichen Überlegungen und Schlußfolgerungen, die aus dem Ermittlungsergebnis gezogen werden, eine mündliche Erörterung notwendig machen (383). Das Schlußgehör hat vornehmlich ein "Rechtsgespräch" (384) zwischen Anklagebehörde und Verteidigung zu sein.

Auf eine Besonderheit für die Handhabung des Rechtsinstituts "Schlußgehör" ist hinzuweisen:

Der Vorgang der rechtlichen Beurteilung, der der Entscheidung über die Anklageerhebung zugrunde liegt, ist nicht demjenigen bei der Urteilsfällung im Hauptverfahren gleichzusetzen. Es besteht ein ähnlicher Unterschied wie zwischen der vorbereitenden Sachverhaltsermittlung und der Feststellung im Hauptverfahren. Da mit der Anklage nur die hinlängliche Verfahrensinitiative gesetzt werden soll, braucht ihr keine endgültige rechtliche Würdigung des ermittelten Sachverhaltes vorauszugehen. Insbesondere auch, weil der Sachverhalt nicht festgestellt, sondern nur vorermittelt ist, verbietet sich eine solche abschließende Beurteilung. Die Anklage zielt nur auf den hinreichenden Verdacht, nicht auf die volle Überzeugung wie das Urteil (385). Infolgedessen kann die Anklage nicht auf die scharfe und endgültige Grenzziehung zwischen den Bereichen des Straf- und Freiheitszweckes gerichtet sein, wie dies im Urteil der Fall ist und wie es vor allem auch das Ziel der Verteidigung ist. In echten Zweifelsfällen wird deshalb trotzdem die Anklage zustandekommen müssen, weil nur so die letzte entscheidende Grenzziehung durch das Urteil möglich ist (386). Daraus ergibt sich, daß die Beurteilung durch die Anklage-

(380) Vgl. KAISER, 20.

(381) Vgl. VARGHA, 420.

(382) Vgl. DAHS, NJW 1965, 81.

(383) Vgl. VARGHA, 420, der die von ihm so genannte "Anklageverhandlung" nach dem Grundsatz fordert: "Wo zu prüfen ist, ist auch zu verhandeln."

(384) So HEINITZ, JR 1961, 244; vgl. auch KLEINKNECHT, JZ 1965, 153.

(385) Vgl. dazu besonders VARGHA, 420.

(386) Diese aus dem Wesen des Strafprozesses abgeleiteten Gegebenheiten dürfen nicht in dem Sinne mißverstanden werden, daß der Staatsanwalt oft "dazu neige, die Verantwortung dem Gericht zu überlassen", wie SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 26, meint.

behörde am Ende des Vorverfahrens nach anderen Maßstäben erfolgt als im Zeitpunkt der Hauptverhandlung (387). Daraus erhellt, daß die verteidigungsweise vorgenommene rechtliche Beurteilung im Zeitpunkt des Zustandekommens der Anklage in ähnlicher Weise zu erfolgen hat. Es ist nicht Aufgabe der Verteidigung, die Anklagebehörde in diesem Verfahrensstadium zu der subtilen richterlichen Beurteilung zu zwingen (388). Insbesondere ist es verfehlt, dieses Ziel über den Weg erreichen zu wollen, daß das Schlußgehör zu einer "kleinen Hauptverhandlung" wird. Die Anklage ist ein Instrument der Straffunktion; allein die Staatsanwaltschaft ist Herr über die Anklage. Umgekehrt ist das Schlußgehör ein Instrument der Verteidigung. Mit diesem Wesen wäre es unvereinbar, wollte man die Anklage zum "Verhandlungsgegenstand" oder auch "-ergebnis" des Schlußgehörs machen. Ziel des Schlußgehörs ist die Einflußnahme auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft, nicht die Anklage. Zutreffend hat DAHM (389) formuliert, daß die Hauptverhandlung vorbereitet, aber nicht geprobt werden könne (390). Außerdem würde eine solche vorgeschaltete "kleine Hauptverhandlung" durch die mit jeder Verdoppelung einer rechtlichen Entscheidung verbundene Verantwortungsverteilung und damit -schwächung (391) der eigentlichen Verfahrensaufgabe abträglich sein. (Diese letzten Argumente sprechen insbesondere auch gegen eine Ausgestaltung des Schlußgehörs unter Hinzuziehung des Richters im Sin-

- (387) Deshalb besteht vor der Anklageerhebung letztlich gerade nicht die Chance des Beschuldigten, den Tatverdacht auszuräumen, wie HEINITZ, JR 1961, 245, meint. A.a.O., 244, fordert HEINITZ zutreffend, daß von dem fehlenden Tatverdacht nicht der Beamte überzeugt werden dürfe, der die Belastungen zusammengetragen hat, und verweist insofern an den Richter, der über den Eröffnungsbeschluß zu entscheiden hat, als unabhängige dritte Stelle. Der wahre Grund ist jedoch nicht die Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft von ihrem eigenen Vorurteil, sondern der Initiativcharakter, der sowohl der Anklage als auch dem Eröffnungsbeschluß anhaftet.
- (388) SCHMIDT-LEICHNER, AnwBl 1961, 26, weist darauf hin, daß der Staatsanwalt die Entscheidung über die Anklage bereits gefällt hat.
- (389) Vgl. ZStW 52, 601.
- (390) Soweit von HEINITZ, JR 1961, 245, gefordert wird, das Schlußgehör dürfe keine Vorwegnahme der Hauptverhandlung sein, werden diese Schwierigkeiten erkannt.
- (391) Vgl. dazu ASCHROTT, Reform 1906, 103, wo diese Gedanken in Ansehung des Haftbefehles ausgesprochen sind. Ähnlich auch DAHM, ZStW 52, 601.

ne eines gerichtlichen Vorterrmins (392) über den Erlaß des Eröffnungsbeschlusses.)

Aus all diesen Darlegungen folgt, daß die Erörterung im Schlußgehör nach anderen Maßstäben zu erfolgen hat als in der Hauptverhandlung. Die dem Schlußgehör zukommende Filterwirkung verlangt, daß eine etwas gröbere, nicht zu subtile Beurteilung des Sachverhaltes erfolgt, weil eine solche in diesem Verfahrensstadium wirkungslos wäre. Die Verteidigung darf ihre Trümpfe nicht verspielen, die sie für die Hauptverhandlung braucht (393).

Insoweit ergibt sich, daß das Institut des Schlußgehörs auch seine Gefahren für die Verteidigung haben kann, wenn durch eine vorweggenommene breite Erörterung des Sachverhaltes die Verteidigung sich ihrer Wirksamkeit in der Hauptverhandlung begibt und so - unbewußt - die Strafverfolgung fördert. Bei SCHWARZ-KLEINKNECHT klingt dies an: Das Schlußgehör gibt "der Staatsanwaltschaft eine gute Möglichkeit der Klärung und der Kontrolle ihrer eigenen Pläne" (394). Eine solche Handhabung bedeutet jedoch einen Mißbrauch des Schlußgehörs, weil dann der Strafzweck gefördert wird, was mit der eigentlichen Aufgabe dieses Rechtsinstituts nicht vereinbar ist.

Aufgrund dieser Zusammenhänge kann sich im Einzelfall auch ergeben, daß die Durchführung des Schlußgehörs von vornherein untunlich erscheint, wenn nämlich die Verteidigung keine Möglichkeit sieht, auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft einzuwirken. Diesem Umstand trägt das Gesetz insofern Rechnung, als es das Schlußgehör nur fakultativ anordnet und ausschließlich von der Initiative der Verteidigung abhängig gemacht hat. Das Schlußgehör ist ein Instrument allein der Verteidigung.

(392) Vgl. ASCHROTT, Reform 1906, 91; ders., Reform 1908, 68; HEINITZ, JR 1961, 244; VON LISZT, Reform, 32 und 36; dagegen: GOLDSCHMIDT, Reform, 25.

(393) Dies hat KAISER, 20, zutreffend für die Anklagebehörde erkannt, wenn er formuliert: (Nur) "Seine wesentlichen Argumente wird ihm" (scil.: dem Beschuldigten) "der Staatsanwalt vorhalten müssen".

(Sperrung hinzugefügt.) Gleiches gilt aber auch für die Verteidigung.

(394) SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 169 b, 1.

9. Zusammenfassung

Zur Ausübung der dem Beschuldigten und seinem Verteidiger im Vorverfahren zustehenden Funktionen sind folgende Einzelrechte erforderlich:

Der Beschuldigte hat ein Recht auf formlose Mitteilung des Verfahrensbeginnes als solchem. Das uneingeschränkte Recht auf Akteneinsicht steht dem Verteidiger zu; dem Beschuldigten selbst sind jedoch die Akten vorzuenthalten. Dafür besteht aber seine Befugnis, die Kenntnis des gesamten Akteninhaltes im Wege der Mitteilung durch den Verteidiger zu erlangen. Verteidiger und Beschuldigter haben das Recht auf ungestörten und unkontrollierten Verkehr, insbesondere dann, wenn der Beschuldigte verhaftet ist. Diese bisher genannten Rechte dürfen nicht wegen der Gefährdung des Untersuchungszweckes beschränkt werden. Vom Verteidiger ist eine solche Gefahr nicht zu besorgen, der Beschuldigte ist gegebenenfalls in anderer Weise von einer verdunkelnden Tätigkeit abzuhalten.

Verteidiger und Beschuldigter dürfen bei allen Beweiserhebungen anwesend sein und Fragen stellen. Auch hier findet keine Beschränkung wegen Gefährdung des Untersuchungszweckes statt. Allenfalls kann in begründeten Einzelfällen der Beschuldigte von einer Vernehmung ausgeschlossen werden, um die wahrheitsgemäße Aussage eines Zeugen herbeizuführen.

Der Verteidiger ist befugt, bei der Vernehmung des Beschuldigten zugegen zu sein. Der Beschuldigte selbst hat bei seiner Vernehmung weder eine Aussage- noch eine Wahrheitspflicht. Er darf aussagen, schweigen oder lügen.

Die Verteidigung ist berechtigt, außerhalb des Verfahrens eigene Ermittlungen in Form von Erkundigungen anzustellen, um Entlastungsbeweise aufzufinden. Konsequenterweise hat sie auch ein formelles Beweisantragsrecht, welches mit der Möglichkeit der Beschwerde versehen werden muß.

Das Schlußgehör am Ende der Ermittlungen übt eine Filterwirkung aus und schützt den Beschuldigten vor leichtfertigen Anklagen. Es ist ein Institut lediglich im Dienste der Verteidigung, weshalb auch nur diese die Initiative ergreifen kann. Das Schlußgehör darf keine antizipierte oder "geprobte" Hauptverhandlung sein.

Von diesen notwendigen Befugnissen sind de lege lata nicht verwirklicht und infolgedessen de lege ferenda zu fordern:

Das Recht des Beschuldigten auf formlose Mitteilung des Verfahrensbeginnes. Die völlige Unbeschränkbarkeit des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers

auch schon vor Schluß der Ermittlungen.

Das Recht auf Anwesenheit auch bei nichtrichterlichen Ermittlungshandlungen. Die Beschwerdemöglichkeit gegen die Ablehnung eines Beweisantrages im Vorverfahren.

VIII. GESAMTERGEBNIS

Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers im Vorverfahren ergibt sich aus den Verfahrensfunktionen, die diesen Prozeßbeteiligten zur Verwirklichung zugewiesen bzw. zugestanden sind. Diese Funktionen leiten sich ihrerseits aus den Verfahrenszwecken ab, wie sie aus der dem Strafprozeß als solchem vorgegebenen Aufgabe folgen, nämlich den Strafzweck als dem selbständigen Primärzweck mit dem Ermittlungszweck als unselbständigem Teil und dem Freiheitszweck als dem selbständigen Sekundärzweck. Dabei hat sich gezeigt, daß zwischen der Stellung des Beschuldigten und der des Verteidigers bedeutsame sachliche Unterschiede bestehen, die über die bloß formale Verschiedenheit beider hinausgehen. Der Verteidiger hebt sich nicht nur durch seine fachliche Kenntnis und sein sachliches Unbeteiligtsein von dem persönlich engagierten und juristisch meist laienhaften Beschuldigten ab, so daß - von diesem formalen Unterschied einmal abgesehen - die Aufgabe, die ihnen zur Verwirklichung zugewiesen ist, identisch wäre. Vielmehr haben beide je ihren eigenen Funktionsbereich, die sich nur zum Teil, wenn auch zu einem großen, decken.

1. Die Rechtsstellung des Beschuldigten

Die Stellung des Beschuldigten zeichnet sich durch eine Funktionenkombination aus, weil nämlich seine zugrunde liegenden Interessen, soweit sie anerkannt sind und ihm zu deren Verwirklichung seine Funktion eingeräumt ist, auf beide selbständigen Verfahrenszwecke, den Straf- und den Freiheitszweck, gerichtet sein können. Er hat sowohl eine Sühne- als auch eine Verteidigungsfunktion. Weil aber die erwähnten Interessen nur mögliche, nicht notwendige sind und weil insbesondere der Beschuldigte zu ihrer Wahrnehmung nicht verpflichtet ist, haben die entsprechenden Funktionen den Charakter der absoluten Freiwilligkeit: Der Beschuldigte hat weder eine Sühne- noch eine Verteidigungspflicht; nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se defendere. Des-

halb und weil in sämtlichen Verfahrenszwecken auch staatliche Interessen anerkannt sind, darf dem Beschuldigten nicht ein Verfahrenszweck zur alleinigen Wahrnehmung zugewiesen werden, wie es in der Lehre vom Parteiprozeß in Ansehung des Freiheitszweckes gefordert worden ist.

Für den Beschuldigten besteht nur die Pflicht zur Straferduldung, die sich auch auf den Prozeß als solchen, durch den die Strafe zustandekommt, erstreckt. Daraus folgt einmal, daß es dem Beschuldigten verboten ist, in Verfolgung eines natürlichen, jedoch nicht anerkannten Interesses die Strafe zu vereiteln. Zum andern ergibt sich aus dieser Straferduldungspflicht in Verbindung mit der Personhaftigkeit des Beschuldigten, die seine Beteiligung als Verfahrenssubjekt erfordert und eine Behandlung als inquisitus verbietet, seine Antwortfunktion, derzufolge er sich dem Verfahren als solchem zu stellen hat. Zu dieser Pflicht, insbesondere zur Unterlassung der Strafvereitelung und zur Antwortfunktion, kann der Beschuldigte gezwungen werden. Außerdem können sich aus dem Verbot der Strafvereitelung Beschränkungen für die Funktion des Beschuldigten ergeben, um deren Mißbrauch zu verhindern.

Da die Aufgabe des Strafverfahrens, Schuldige zu bestrafen, wegen der Bindung allen staatlichen Handelns an Wahrheit und Gerechtigkeit nach dem Grundsatz zu erfolgen hat, daß die Tat nachgewiesen werden muß, aus welchem Grundsatz auch die *praesumptio boni viri* abgeleitet ist, folgt, daß der Beschuldigte sich nicht von der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu befreien braucht. Er hat weder eine Reinigungs- noch eine Verantwortungs- noch eine Rechtfertigungsfunktion.

Über die sich aus der Sühne- und Verteidigungsfunktion ergebende Doppelstellung hinaus hat der Beschuldigte noch eine zweite Doppelstellung: Er ist nicht nur am Verfahren beteiligt um seiner anerkannten, auf das Verfahrensergebnis gerichteten Interessen willen, sondern er kommt wegen seiner Beziehung zum Sachverhalt, gegebenenfalls zur Tat, als der Vorgegebenheit des Verfahrens auch als Beweismittel in Frage. Entsprechend der Unterordnung des Ermittlungszweckes, der auf diese Vorgegebenheit gerichtet ist, unter den Strafzweck als dessen unselbständiger Teil ist jedoch auch insoweit die Stellung des Beschuldigten durch seine - am Strafzweck orientierte - Sühnefunktion bestimmt und nimmt insbesondere an deren Freiwilligkeit teil. Der Beschuldigte hat keine eigene selbständige Beweisfunktion.

Die Rechtsstellung des Beschuldigten erweist sich demnach folgendermaßen als Funktionenkombination:

- a) Verpflichtet ist der Beschuldigte zur Antwortfunktion aufgrund seiner Straferduldungspflicht.
- b) Möglich ist ihm die Verteidigungsfunktion, die auf den Freiheitszweck gerichtet ist.
- c) Ebenfalls möglich ist ihm die am Strafzweck orientierte Sühnfunktion mit der dieser untergeordneten Beweisfunktion.

Aus dieser Stellung ergeben sich folgende Einzelrechte:

- a) das Recht auf Kenntnis des Verfahrensbeginnes;
- b) das Recht auf Kenntnis der Ermittlungen, allerdings nicht ein formelles Akteneinsichtsrecht;
- c) das Recht auf Anwesenheit bei sämtlichen Ermittlungshandlungen; dies kann bei Zeugenvernehmungen beschränkt werden, um eine wahrheitsgemäße Aussage herbeizuführen;
- d) das Recht, bei seiner eigenen Vernehmung auszusagen, zu schweigen oder auch zu lügen; (dies folgt aus seiner zwiefachen Doppelstellung als Verfahrenssubjekt und Beweismittel einerseits und als Träger einer Primär- und einer Sekundärfunktion andererseits);
- e) das Recht, eigene Nachforschungen anzustellen, um neue Beweismittel aufzufinden; dieses Recht ist beschränkbar, um eine Verdunkelung zu verhindern;
- f) das Beweisantragsrecht, das mit einer formalen Beschwerdemöglichkeit bewehrt sein muß.

Soweit diese Einzelrechte einer gesetzgeberischen Verankerung bedürfen (dies ist z.B. beim Recht zur Lüge nicht der Fall), ergibt ein Vergleich mit dem geltenden Recht folgende Forderungen de lege ferenda:

- a) Pflicht der Staatsanwaltschaft auf förmliche Mitteilung des Verfahrensbeginns;
- b) Gewährung der Anwesenheit bei den Ermittlungshandlungen, wobei die Beschränkung zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Zeugenaussage genau umgrenzt werden muß;
- c) Beschwerdebewehrung des Beweisantragsrechts.

2. Die Rechtsstellung des Verteidigers

Der Verteidiger hat demgegenüber insoweit eine engere Stellung, als sich seine Funktion nur auf die Wahrnehmung des Freiheitszweckes richtet. Er hat

nur eine Verteidigungsfunktion. Andererseits ist seine Stellung aber - sachlich - umfassender, weil er diesen Zweck auch im staatlichen Interesse anstrebt. Er ist zur Ausübung verpflichtet.

Die nähere Beschaffenheit dieser Verteidigungsfunktion ergibt sich insbesondere aus dem Umfang und dem Zweck, an dem sie orientiert ist.

Der Freiheitszweck leitet seine Bedeutung nicht aus der eigentlichen Verfahrensaufgabe als der Bestrafung Schuldiger ab, sondern aus der dem Staat auch aufgegebenen Pflicht, seine Bürger zu schützen. Deshalb ist er ein selbständiger Zweck, der durch eine eigene Funktion wahrgenommen werden muß und nicht nur auf die Reflexwirkung der Straffunktion beschränkt werden kann. Seinen Umfang enthält er aber aus der eigentlichen Verfahrensaufgabe, weil er nämlich nur eine ungerechte Bestrafung und nicht auch sonstige Beeinträchtigungen verhindern soll. Dies macht seinen Sekundärcharakter aus. Im einzelnen richtet er sich auf die Nichtbestrafung des formell nicht Schuldigen, also des Unschuldigen, und auch des nicht überführbar Schuldigen. Dies ergibt sich klar aus der Notwendigkeit, bei der Verwirklichung des Strafzweckes im Wege des diesem untergeordneten Ermittlungszweckes die Tat nachzuweisen. Auch der nicht Überführbare darf nicht bestraft werden.

Aus dem solchermaßen aufgezeigten Umfang des Freiheitszweckes ergibt sich auch die Art und Weise seiner Verwirklichung. Der formelle Strafanspruch als Grenze zwischen dem Straf- und dem Freiheitszweck bedingt das Verhältnis alternativer Korrespondenz beider Zwecke. Ein Widerspruch zwischen beiden Zwecken ist nicht möglich. Aus der Sekundärnatur des Freiheitszweckes folgt, daß sich die Verteidigungsfunktion nur gegen eine Beeinträchtigung wendet, die dadurch erfolgt, daß die Straffunktion den Bereich des Strafzweckes unzulässigerweise überschreitet und in den des Freiheitszweckes vordringt. Aufgabe der Verteidigungsfunktion ist es, eine solche Freiheitsbeeinträchtigung zu vermeiden, die Verfolgung dort zu hindern, wo sie sich in einen Angriff verkehrt. Die Strafvereitelung fällt nicht in den Wirkungskreis der Verteidigung.

Aus diesem Zusammenhange folgt einmal die innere Anlehnung der Verteidigungsfunktion an die Straffunktion und zum andern die Methode der Verteidigungsfunktion, weil durch sie nicht ein bestimmtes - richtiges - Ergebnis erreicht, sondern ein solches - unrichtiges - verhindert werden soll. Dies hat bedeutsame Konsequenzen für die Ausgestaltung der Verteidigungsfunktion.

Zunächst zeigt sich daran, daß es falsch ist, die beiden Verfahrensfunktionen

als wesensgleiche, einander widerstrebende Verfahrenskräfte zu begreifen, die als These und Antithese gemeinsam auf die Synthese des Verfahrensergebnisses gerichtet wären. Dieser Irrtum liegt der Lehre von dem Grundsatz der sog. Waffengleichheit zugrunde. Dabei wird fälschlicherweise der Vorgang der Überführung des Beschuldigten als Kampf verstanden, bei dem es darum ginge, den Nachweis der Tat vorzunehmen oder zu verhindern. Außerdem wird in Verkenntung des Wesens der Verfahrensaufgabe der gesamte Bereich des materiellen Strafanspruches unter Einschluß seines nicht nachweisbaren Teils als Kampffeld erklärt, obwohl doch dieser letzte Bereich eindeutig dem Freiheitszweck zugehört. Aus dem Grundsatz der Waffengleichheit wird dann die Forderung erhoben sowohl nach einer Stärkung der Verteidigung - in einem ihrer Aufgabe nicht angemessenen Umfang - als auch nach einer - ihrer Aufgabe abträglichen - Schwächung in Form der gänzlichen Trennung von der Strafverfolgung (395).

Das Verständnis des Verfahrens als Kampf ist falsch. Richtigerweise hat die Straffunktion den formellen Strafanspruch zu verwirklichen und das Verfahren bis zu diesem Punkt als der Grenze des Strafzweckes voranzutreiben. Insoweit darf die Verteidigung nicht entgegenarbeiten. Sie hat vielmehr darüber zu wachen, daß diese Grenze nicht durch die Verfolgung überschritten wird und dies zu verhindern. Insoweit wird dann die Straffunktion zu Unrecht ausgeübt. Es ergeben sich also zwei mögliche Kampfsituationen, die jedoch beide unzulässig sind. Weder beide noch eine von ihnen ist als Methode des Verfahrens anerkannt. Richtig ist nur, daß die beiden Verfahrensfunktionen, die Straf- und die Verteidigungsfunktion, in gegenläufiger Tendenz stehen. Das macht aber noch keinen Kampf aus.

In der Erkenntnis dieser entscheidenden Zusammenhänge ist die Verteidigungsfunktion auszugestalten. Es folgt vor allem, daß diese Funktion bezüglich der Person des Verteidigers als eines Rechtspflegeorgans nicht aus dem Argument der Gefährdung des Untersuchungszweckes (also des Strafzweckes) beschränkt werden kann, weil sich eine solche Gefährdung nicht aus dem Wesen der Verteidigung ergibt, aber auch nicht, wie beim Beschuldigten, aus einem etwaigen Interesse des Verteidigers an der Strafvereitelung abgeleitet werden kann. Eine diesbezügliche Verdächtigung des Verteidigers ist unzulässig. Be-

(395) Dabei wird beklagt, die Strafbehörden "spielten mit offenen Karten, der Beschuldigte und sein Verteidiger mit verdeckten"; vgl. BÄHR, zitiert bei ASCHROTT, Reform 1908; ähnlich ROSENBERG, 327; WACH, DStZ 1920, 80.

sonders wichtig für die Ausgestaltung der Verteidigungsfunktion ist dann ihre innere Anlehnung an die Straffunktion.

Daraus ergeben sich im einzelnen folgende Unterfunktionen des Verteidigers:

- a) die auf den wahren Sachverhalt gerichtete selbständige Kenntnisfunktion; sie ist nicht aus dem Ermittlungszweck abgeleitet;
- b) die auf die Ermittlungen (sowohl ihr Zustandekommen als auch ihr Ergebnis) gerichtete unselbständige Kenntnisfunktion;
- c) die Kontrollfunktion;
- d) die Äußerungsfunktion;
- e) die Abwehrfunktion und
- f) die Korrekturfunktion; (sie dient nur der Verhinderung eines unrichtigen Ermittlungsergebnisses, nicht dem Zustandekommen des richtigen, wobei allerdings der Nachweis des richtigen Sachverhaltes ein Mittel zur Korrektur sein kann. Es genügt jedoch auch das non liquet zur Korrektur.)

Da der Ermittlungszweck nicht Bestandteil des Freiheitszweckes ist, hat der Verteidiger keinerlei Mitwirkungsfunktion an den Ermittlungen, insbesondere kann er nicht im Wege sog. kontradiktorischer Ermittlungen an der Verwirklichung dieses Zweckes beteiligt werden.

Da auch der Beschuldigte selbst eine Verteidigungsfunktion hat, diese Verdoppelung der Sekundärfunktion jedoch nicht aus ihrer inneren Struktur begründet ist (wie bei der Trennung der Straffunktion in Anklage- und Urteilsfunktion), sondern auf der aus der Personalität abgeleiteten Notwendigkeit und gleichzeitigen Unfähigkeit des Beschuldigten zu seiner eigenen Verteidigung beruht, hat der Verteidiger noch eine Beratungsfunktion.

Es ergeben sich folgende Einzelrechte:

- a) das uneingeschränkte Recht auf Akteneinsicht;
- b) das Recht, die Aktenkenntnis an den Beschuldigten weiterzugeben;
- c) das Recht auf uneingeschränkten Verkehr mit dem Beschuldigten, auch wenn dieser verhaftet ist;
- d) das Recht auf Anwesenheit bei sämtlichen Ermittlungshandlungen;
- e) das Recht auf Gegenwart bei der Vernehmung des Beschuldigten;
- f) das Recht auf eine eigene Ermittlungstätigkeit im Wege von Erkundigungen, um neue Beweismittel aufzufinden;
- g) das Beweisanspruchsrecht mit Beschwerdemöglichkeit.

Das Institut des Schlußgehörs dient einzig dem Freiheitszweck und soll durch

eine Siebwirkung den Beschuldigten vor leichtfertigen Anklagen schützen. Deshalb muß die Initiative für das Schlußgehör allein bei der Verteidigung liegen. Es darf bei seiner Handhabung in der Praxis nicht zu einer "kleinen Hauptverhandlung" ausgedehnt werden.

Soweit die aufgezeigten Einzelrechte einer gesetzlichen Fixierung bedürfen und dies de lege lata nicht bereits geschehen ist, ergeben sich de lege ferenda folgende Forderungen:

- a) die unbeschränkte Akteneinsicht bereits vor Schluß der Ermittlungen;
- b) die Anwesenheit auch bei nichtrichterlichen Ermittlungshandlungen;
- c) die Beschwerdebewehrung des Beweisantragsrechts.

LEBENS LAUF

Am 24. Juni 1936 wurde ich in Landau in der Pfalz geboren. Meine Eltern sind der Kassenbeamte Richard Mörsch und dessen Ehefrau Karoline Mörsch, geborene Silbernagel.

In Landau ging ich auch zur Schule, und zwar von 1942 bis 1946 in die Volksschule und anschließend auf das humanistische, später altsprachliche Gymnasium. Am 1. März 1955 erhielt ich das Zeugnis der Reife.

Danach studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Heidelberg, München und Mainz. Ich beendete mein Studium mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung am 20. Januar 1960.

Seit dem 20. April 1960 stand ich als Gerichtsreferendar im Dienste des Landes Rheinland-Pfalz, der durch einen längeren Sonderurlaub unterbrochen wurde. Am 10. Dezember 1965 legte ich die Große Juristische Staatsprüfung ab.

Mit Wirkung vom 16. Januar 1967 wurde ich vom Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz zum Gerichtsassessor ernannt. Seither bin ich als Hilfsrichter bei dem Landgericht in Mainz tätig.

Am 19. Dezember 1967 habe ich die mündliche Doktorprüfung bestanden.

